

CLÁUDIA HONÓRIO

**BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA:
POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO PARA ALÉM DA LEI Nº 8.742/93**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

CLÁUDIA HONÓRIO

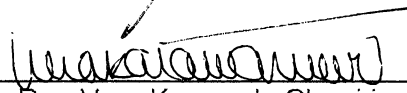
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO PARA ALÉM DA LEI Nº 8.742/93

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

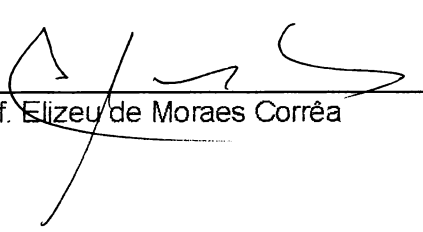
Orientador:



Prof. Titular Dr. Clémerson Merlin Clève



Profª. Dra. Vera Karam de Chueiri



Prof. Elizeu de Moraes Corrêa

Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho (Suplente)

Curitiba, 21 de Outubro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	5
1 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	9
1.1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA	9
1.2 O DIREITO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO FORMA DE ASSISTIR OS DESAMPARADOS	13
1.3 A REGULAMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL	17
1.3.1 LOAS: inconstitucional por omissão parcial	28
2 É POSSÍVEL EXIGIR O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA ALÉM DE SUA REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL?	34
2.1 PODEMOS REIVINDICAR UM DIREITO A PARTIR DE SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL	34
2.2 O JUDICIÁRIO PODE CONTROLAR A DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR NA REGULAMENTAÇÃO DE UM DIREITO	42
2.3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA TEM PRIORIDADE	48
2.3.1 Porque compõe o mínimo existencial	50
2.3.2 Porque é direito fundamental	59
2.3.3 Em conflito com o princípio da reserva do possível	64
2.3.4 Em conflito com o princípio da separação dos poderes	72
2.3.5 Na ponderação de interesses	74
3 O JUDICIÁRIO E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	80
3.1 A TAREFA DO JUDICIÁRIO	80
3.2 A PRODUÇÃO JURISPRUDENCIAL	92
4 CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

RESUMO

A pesquisa objetiva demonstrar que o benefício de prestação continuada pode ser exigido – e concedido pelo Judiciário – para além da disciplina da lei nº 8.742/93 (lei por nós considerada inconstitucional por omissão parcial), que regulamenta o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Analisaremos a questão sob o critério da renda mensal familiar *per capita*, imposto pela lei mas não pela Constituição.

Trabalharemos com a Constituição, normas infraconstitucionais, jurisprudência, princípios e circunstâncias fáticas que influenciam a efetivação do benefício. Considerando que o benefício de prestação continuada é direito fundamental e compõe o mínimo existencial, tem prioridade quando entra em choque com o princípio da reserva do possível, podendo o Judiciário atuar positivamente para efetivar o direito, sem que com isto viole o princípio da separação de poderes. A atuação do Judiciário para a efetivação do amparo social é conforme seu papel de garantidor da Constituição Federal, dos direitos fundamentais e da democracia. A concessão do benefício para quem dele necessita, apesar de descumprido o requisito legal da renda, é adequado, necessário e razoável, porque o direito provém da Constituição, e não da lei. E porque a leitura do direito deve, hoje, ser iluminada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O principal efeito desta pesquisa será a afirmação de que o direito é mais do que lei. Com isso se amplia o debate doutrinário e jurisprudencial.

A novidade da tese que apresentamos é a seguinte: mesmo admitindo que a Lei Orgânica da Assistência Social é inconstitucional por omissão parcial, não se deve exigir do administrador a ampliação do direito. A questão deve ir ao Judiciário para criar precedente, podendo a inconstitucionalidade ser corrigida em qualquer grau de jurisdição. Seguimos uma doutrina recente que demonstra que o Judiciário está vinculado à Constituição; pode, portanto, tomar as medidas necessárias para que a disposição constitucional seja plenamente cumprida.

Palavras-chave: benefício de prestação continuada, Lei Orgânica da Assistência Social, direitos fundamentais sociais, mínimo existencial, reserva do possível, ponderação de interesses, nova hermenêutica jurídica, ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho está longe de ser uma discussão meramente acadêmica. Por ter influência direta na vida de muitos brasileiros carentes, torna-se necessário um estudo na área da assistência social. É desumano ver aqueles que realmente necessitam de uma prestação estatal - e a ela fazem jus, pela Constituição Federal -, terem seu pedido rechaçado nos balcões do Instituto Nacional do Seguro Social.

Falamos do benefício de prestação continuada, garantido no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, apresentado a esta autora quando estagiária do Escritório Modelo de Assistência Judiciária da Universidade Federal do Paraná. Lá foi possível acompanhar famílias com situação financeira lastimável, insuficiente para arcar com os gastos básicos de alimentação, educação e saúde, quanto mais com o sustento de um idoso ou deficiente sem condições de vida independente. No entanto, como a renda *per capita* dessas famílias muitas vezes mostrava-se superior ao permitido pela lei reguladora da concessão do benefício do amparo social (atualmente o máximo permitido é de R\$ 65,00 mensais por pessoa), seus pedidos são negados pelos administradores, como se estes tivessem o direito de privar o cidadão de um direito fundamental.

A proposição do tema fundamenta-se, então, na negação prática de um direito fundamental social e a sua garantia constitucional. Diante desse confronto, resta argüir, com toda a paixão possível, que os direitos fundamentais são dotados de efetividade. Não a fraca carga imperativa que se lhes dá atualmente, no entanto. Não se coaduna com a Constituição brasileira, tão perfeita em termos de direitos fundamentais, a dignidade tão longe da vida de milhares de cidadãos.

Partimos do pressuposto (e da indignação) de que o benefício da prestação continuada não pode mais continuar tolhido. Não é aceitável tratar a Constituição como um papel, rasgado cotidianamente frente a todos! É necessário proteger a Constituição dos golpes cortantes do legislador. O Estado é obrigado a respeitar o mínimo existencial, sem o qual não há dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana deve ser a luz na leitura do texto constitucional. O direito não pode ser a análise exclusiva de textos normativos. Como Ana Paula de Barcellos¹, acreditamos que não há direito sem realidade. O ser humano, antes de ser

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

sujeito de direito, é de carne e osso, exige bem-estar físico, moral e psíquico. Assim, deve-se adotar como ponto de partida que tudo o que está na Constituição obriga. O direito constitucional ganha vida colocando na própria existência humana os direitos fundamentais e realizando os princípios e objetivos do Estado.

Independentemente de lei reguladora, o simples fato de um direito estar na Constituição faz com que ele possa ser invocado perante o Judiciário, o que faz com que os direitos sociais previstos na Carta sejam desde logo exigíveis. A jurisdição constitucional assume relevância na efetividade dos direitos sociais, por meio de uma hermenêutica emancipatória.

Para Sergio Moro não existe mais sentido em discutir a possibilidade de aplicação imediata ou não da norma constitucional se já existe regulamentação infraconstitucional. A questão passa a ser a (in)constitucionalidade da regulamentação do benefício. Concordamos apenas no que se refere ao que o legislador regulamentou. A razão de discutirmos a sindicabilidade do benefício está na percepção de que a norma constitucional não foi totalmente disciplinada infraconstitucionalmente, e, por isso, muitas pessoas ficaram sem acesso a um direito.

Apesar de também Ingo Sarlet² considerar menos problemática a implementação de direitos assegurados legalmente, damos as mãos a Marcos Maselli Gouvêa³ quando este enfatiza que a maioria dos óbices à sindicância de prestações estatais perdura a despeito de sua reiteração pelo legislador ordinário. Justamente por isso há sentido em investigar a exigibilidade do direito ao benefício de prestação continuada no campo não cercado pela norma infraconstitucional.

Analisando o benefício a partir da Constituição Federal de 1988 (artigo 203, inciso V), até a regulamentação pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), percebemos que a concretização infraconstitucional do direito ao benefício assistencial foi inadequada pela extrema restrição. Apesar de a Constituição garantir a prestação a todos os carentes, a lei negou-lhes o “direito ao direito”. À vista dessa distorção, torna-se necessário e urgente desenvolver argumentos para reivindicar o direito ao benefício para além do que permite a lei infraconstitucional, mas em conformidade com o ideário constitucional.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

A solução do problema passa, primeiramente, pela simples subsunção da situação fática dos indivíduos carentes à norma constitucional, aplicando nessa exegese o princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Ainda no campo do exame do texto, perceberemos que as normas que garantem os direitos prestacionais positivos - aquelas que se referem a um agir do Estado no campo material, na definição de Gustavo Amaral⁴ - contêm termos dúbios, o que muitas vezes impede a sua sindicabilidade. Verificaremos a extensão da discricionariedade nesta definição dos conceitos fluidos, quando da regulamentação dos direitos fundamentais. Enfocamos o conceito de carência de recursos visto ser esse o conceito indeterminado no tocante ao benefício assistencial. Haveria algo a fazer quando a definição legal fosse inadequada?

Considerando que o direito ao amparo assistencial é um direito fundamental, contamos também com a ajuda da teoria dos direitos fundamentais, a qual estabelece que os direitos ligados ao mínimo existencial são dotados de prioridade no conflito com outras normas principiológicas. Analisaremos o que é o mínimo existencial e o papel do princípio da dignidade da pessoa humana como baliza interpretativa da Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista a principiologia normativa, pois nem todas as questões são resolvidas com a simples subsunção, o que mostra a insuficiência do método hermenêutico clássico, principalmente em face das demandas que requerem do Estado prestações materiais. Entra em cena a metodologia da ponderação de princípios. Através da ponderação de interesses e bens em conflito no caso concreto, chegar-se-á à solução adequada, necessária e proporcional. Assim, quando se nega o direito ao benefício de prestação continuada com fundamento em princípios como a reserva do possível e a separação de poderes, é mister um juízo de proporcionalidade entre os princípios para verificar a legitimidade da solução.

Ao juiz cabe o papel de verificar a omissão do poder público na realização dos direitos prestacionais positivos, justapondo o pedido do particular com o que o poder público pode oferecer. Todos os poderes públicos estão incumbidos da tarefa de sempre conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Mas o magistrado, mesmo na busca da efetividade da Constituição não pode ultrapassar os limites de sua função

⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

jurisdicional, sob pena de ferir princípio fundamental do Estado brasileiro – a tripartição de poderes.

Afinal, qual o papel do Judiciário na luta pela efetivação dos direitos fundamentais já implementados por normas infraconstitucionais mas de forma insuficiente frente ao mínimo digno? Como tem sido a jurisprudência quanto ao tema do benefício de prestação continuada? Conforme notou Sergio Moro, o estudo do benefício da assistência social pode revelar o grau de sensibilização do Judiciário em relação à temática social.

Nas palavras do professor Clèmerson Merlin Clève⁵, é preciso lembrar que a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã.

Existe vida além da lei?

A busca continua?

Vida ou morte?

Cortamos as duas?

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 8, ano II, p. 151-161, jul.-set. 2003.

1 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

1.1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA

Antes de iniciarmos qualquer ponderação, resgatemos alguns dispositivos da nossa Constituição Federal de 1988, relativos à erradicação da pobreza, ao bem-estar social e à assistência social. As normas serão organizadas em cinco grupos, tal como no trabalho de Ana Paula de Barcellos¹.

No primeiro grupo estão princípios genéricos:

Preâmbulo: *“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”*

Art. 1º, III: *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana;”*

Art. 170, caput: *“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, [...].”*

Art. 193: *“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”*

No segundo grupo encontram-se princípios com fins mais delineados:

Art. 3º, III: *“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”*

Art. 23, X: *“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;”*

¹ Referimo-nos a BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

No terceiro grupo colocamos os subprincípios:

Art. 6º: *“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”*

No quarto grupo pinçamos regras:

Art. 23, II: *“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”*

Art. 203, V: *“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”*

Art. 230: *“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”*

O que pretendemos mostrar com a exposição dessas normas? Que a Constituição Federal de 1988 representou a renovação democrática após anos de regime militar, e trouxe em suas linhas as esperanças do povo brasileiro. A preocupação com as mazelas sociais fez com que a assistência social fosse constitucionalizada, contemplando pela primeira vez um direito antipobreza em nossa Carta de forma clara e determinada: o direito ao benefício de prestação continuada, radicado no inciso V do artigo 203 da Constituição. Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso concordam que, com a CF de 1988, inaugurou-se um projeto de país para todos.

A Constituição Federal de 1988 acolheu como autênticos direitos fundamentais os direitos sociais, distanciando-se da tradição de imprimir reduzida efetividade a tais direitos. Arno Arnoldo Keller confirma que o fato de um direito depender de providências positivas do Poder Público não lhe retira a fundamentalidade.

Mas Keller faz a triste constatação:

A nossa Constituição, denominada “Constituição Cidadã”, acaba de completar 11 anos². Nesse espaço de tempo o cidadão brasileiro não chegou a ver cumpridas as normas constitucionais instituidoras dos Direitos Sociais, sendo surpreendido pela transferência do campo de produção

² Em 05 de outubro de 2004, passaram-se 16 anos da promulgação da Constituição Federal.

do Direito, que está saindo do político para o econômico. E o econômico está sendo mais privilegiado que o social.³

Sarlet conceitua os direitos sociais, com apoio em Jorge Miranda, como “direitos à libertação da opressão social e da necessidade.”⁴ Os direitos sociais são uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que “pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo [...] a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.”⁵

Os direitos sociais representam a incumbência do Estado de colocar à disposição do cidadão meios materiais necessários à existência digna. Brilhante Celso de Albuquerque Mello⁶, ao dizer que não podemos abandonar o homem em uma política neo-darwinista, em que apenas os que têm condições de pagar pela sua manutenção têm chance de viver.

Caracterizam os direitos sociais a referência a pessoas enquanto pertencentes a um grupo, a discriminação com propósitos compensatórios, e a base sociológica, apreendendo o sujeito no seu contexto social, empiricamente. Sai de cena o homem abstrato para entrar o idoso hipossuficiente, por exemplo.

Bem nota Eduardo Faria, em sua análise sociológica do direito, que

A reciprocidade, ou seja, o reconhecimento do ‘outro’ como homem livre e igual, permitindo que a pluralidade de cidadãos se constitua como uma ordem coletiva baseada em padrões mínimos de respeito, confiança e lealdade exige uma nova percepção das relações sociais através da substituição da ética utilitária e da razão instrumental inerentes ao individualismo possessivo pela co-responsabilidade, pela cooperação e pela solidariedade.⁷

As desigualdades decorrentes do mercado serão compensadas (não totalmente, por óbvio) com políticas redistributivas. O Estado age para garantir o atendimento das

³ KELLER, Arno Arnoldo. **O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas**. São Paulo: LTr, 2001, p.39.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 30, p. 107, abr-jun. 1999, p.107.

⁵ SARLET, ob. cit., p.104-5.

⁶ MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo [org.]. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁷ FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: FARIA, José Eduardo [org.]. **Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.157.

necessidades de grupos sociais fragilizados, e o faz de várias maneiras, sendo uma delas a criação de direitos sociais.

Vimos que um dos direitos sociais assegurados pelo artigo 6º da Constituição Federal é o direito à assistência aos desamparados, ou assistência social.

De acordo com Wladimir Novaes Martinez, a assistência social é

um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas ao atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. [...] A Assistência Social é, portanto, um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.⁸

Antes da CF de 1988, a assistência social era apenas dever moral ou beneficência do setor privado. A partir da Carta, o Estado assumiu sua responsabilidade na compensação de carências decorrentes de políticas econômicas e seu papel de provedor de melhorias sociais. Segundo Potyara Pereira, “[...] só o Estado pode garantir a assistência social como direito e assim removê-la do terreno movediço e incerto da caridade privada, dos azares da economia e dos interesses particulares.”⁹ Entretanto, admite Pereira que a assistência social é “tema em que predominam muito mais o desconhecimento, preconceitos, resistências e visões equivocadas do que certezas.”¹⁰

A partir da interpretação de todas as normas inicialmente listadas, percebemos que o objetivo do Estado brasileiro é, primordialmente, garantir a dignidade dos cidadãos. A assistência social, para Barcellos, é um desdobramento da dignidade da pessoa humana, funcionando como uma *‘rede de segurança, abaixo da qual ninguém deve temer cair’*¹¹. É necessário garantir que todos tenham acesso aos bens que são as condições mínimas para que se possa agir livremente. “Ao estabelecer um chão comum abaixo do qual ninguém deverá recear cair, a cidadania social cria um estatuto comum a todos, que não depende dos caprichos do mercado. No entanto, este estatuto [...] Visa tão-só a

⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito da Seguridade Social**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 473-485.

⁹ PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **A assistência social na perspectiva dos direitos: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil**. Brasília: Thesaurus, 1996, p.104.

¹⁰ PEREIRA, ob. cit., p.102.

¹¹ A autora usa, na p. 182, a expressão de João Carlos Espada contida em ESPADA, João Carlos. **Direitos sociais e cidadania**. São Paulo: Massao Ohno, 1999, p. 85-6.

fornecer a todos bilhetes de ingresso no mercado, ou, dito noutros termos, propõe-se evitar a exclusão do mercado.”¹²

Caso abandonássemos a ingenuidade de que o Estado quer garantir vida digna a todos e promover justiça social, restaria o argumento instrumental: promovendo condições de vida dignas, o cidadão pode consumir e pagar tributos, devolvendo ao Estado os gastos com a assistência social.

Seja qual for o raciocínio, a idéia é esta: abaixo de X (patamar objetivo), haverá indiscutivelmente uma situação de indignidade e o indivíduo necessitará de assistência, sendo que X corresponde ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana – o mínimo existencial.

“A conclusão a que se pode chegar neste ponto é que a *assistência social* constitucionalmente determinada pretende produzir um efeito no mundo dos fatos, a saber: socorrer os desamparados, como último recurso para garantir a dignidade humana, evitando sua total deterioração.”¹³ Acrescentamos que a deterioração será tanto física quanto moral, já que será uma situação de miséria. O artigo 203 da CF é meio para socorrer os necessitados, e o inciso V é ajuda para quem não tem condições de integrar o mercado de trabalho - deficientes e idosos sem condições de vida independente.

1.2 O DIREITO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO FORMA DE ASSISTIR OS DESAMPARADOS

Existem várias maneiras de assistir os desamparados, e uma delas é que será o objeto de nosso estudo. Trata-se do benefício de prestação continuada¹⁴, que tem por conteúdo, na sua dimensão positiva, o pagamento de um salário mínimo mensal a idosos e deficientes¹⁵ que não possuem condições de se auto-sustentarem, sendo que nem suas famílias podem fazê-lo. A assistência é, então, nitidamente de caráter subsidiário: cabe ao indivíduo cuidar de seu sustento; não podendo, cabe à sua família; somente se esta não tiver condições de manter a existência digna de um de seus membros (na condição

¹² ESPADA, ob. cit., p. 85-6.

¹³ BARCELLOS, ob. cit., p.190.

¹⁴ Outras denominações encontradas são direito ao amparo social, ao amparo assistencial, e ao benefício assistencial.

¹⁵ Assegura-se o direito também aos estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil. Desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem (art. 4º do Decreto nº 1.744/95).

especial de ser idoso ou portador de deficiência) é que o Estado será chamado a proteger uma vida.

O benefício de prestação continuada é um benefício independente de contraprestação, ao contrário dos benefícios previdenciários; é financiado pelo orçamento da seguridade social, ou seja, tem a União¹⁶ como responsável. O Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) é uma fonte de recursos. O responsável pela operacionalização do benefício é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

A Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. O Fundo, com disciplina nos artigos 79 a 83, tem por objetivo viabilizar a todos os brasileiros níveis dignos de subsistência, com recursos aplicados em nutrição, habitação, saúde, reforço de renda familiar e programas de melhoria da qualidade de vida.

O valor do amparo assistencial é de um salário mínimo mensal, e se destina às necessidades mais urgentes da pessoa. “Está, outrossim, longe de ser qualificado como ideal, mas é o possível que o Estado brasileiro pode oferecer. E como disse certa vez e com razão o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: ruim com ele, pior sem ele!”¹⁷ Adiante comentaremos a (in)suficiência desse valor.

O benefício de prestação continuada, para Ana Lígia Gomes, “Configura-se num direito de provisão mínima, de sobrevivência, posto que permite o acesso apenas aos mínimos vitais, quais sejam, as necessidades mínimas de alimentação. Desse modo, seu mérito é, quando muito, ultrapassar a tênue linha da condição de indigência para a pobreza.”¹⁸ Mesmo sendo tão pouco um salário mínimo, é renda que permite a sobrevivência de muitos brasileiros. O amparo social tem ajudado muitas pessoas a sair

¹⁶ Dispõe o artigo 12 da Lei nº 8.742/93: “Compete à União: I – responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal” Também interessa-nos o artigo 19: “Compete ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social: [...] III – prover recursos para o pagamento dos benefícios de prestação continuada definidos nesta lei” O art. 28 esclarece que “O financiamento dos benefícios, serviços, programas e projetos estabelecidos nesta lei far-se-á com os recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das demais contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal, além daqueles que compõem o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).”

¹⁷ SOMARIVA, Maria Salute. **O benefício de amparo social como garantia das necessidades básicas do cidadão carente.** Impresso em 21.10.2003. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/13/42/1342/>

¹⁸ GOMES, Ana Lígia. O benefício de prestação continuada: uma trajetória de retrocessos e limites – construindo possibilidades de avanços? **Revista de Direito Social**. Sapucaia do Sul, n. 4, p. 82, 2001.

da situação de extrema miséria. Atualmente cerca de 1,8 milhão de brasileiros recebem o benefício de prestação continuada.

De acordo com estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o número total de pessoas abaixo da linha de indigência cresceria 9,8% sem a concessão do benefício, dado que mostra o importante efeito dos benefícios não contributivos na redução da pobreza.

Na classificação de Alexy, o direito de exigir uma prestação material do Estado é prestacional em sentido estrito (ou direito social fundamental). O benefício assistencial encontra-se, assim, neste grupo.

*Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.*¹⁹

No tocante ao direito ao amparo assistencial, a causa da prestação material exigida do Estado é o combate à miséria, pressupondo que algumas classes de pessoas (idosos e deficientes pobres) merecem maior atenção estatal. Quanto à natureza, trata-se de prestação de dar, pecuniária. Esses aspectos classificatórios são úteis para antever obstáculos ao reconhecimento judicial do benefício.

O direito ao benefício envolve uma prestação normativa, na medida em que requer uma disciplina infraconstitucional, e outra fática, pois exige do poder público a entrega de uma ajuda pecuniária aos cidadãos carentes. Ou seja: o direito ao benefício assistencial é um direito prestacional positivo, o que para Gustavo Amaral significa ser direito a uma ação do Estado no campo material.

Como todo direito social, o direito ao benefício tem por objeto mediato a implementação de políticas públicas, e por objeto imediato, a fruição de bens materiais. Sua dimensão objetiva é o dever do Estado de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo do direito, e sua dimensão subjetiva é a faculdade de o cidadão exigir as prestações constitutivas do direito.

Perfeitamente aplicável ao benefício de prestação continuada a fundamentação dos direitos sociais em geral, conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Tais direitos (os sociais), na verdade, parecem com melhores razões fundados na cooperação

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.482.

e no socorro mútuo próprio a homens que vivem em sociedade. Nesta, como o esforço de todos beneficia a cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns aos outros. Tal auxílio ou socorro é evidentemente tão mais imperativo quanto mais grave a necessidade por que passa o semelhante.”²⁰

A fundamentação do benefício assistencial está na preocupação em garantir a todo o cidadão os meios necessários à sua sobrevivência com dignidade. “[...] é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais.”²¹ O direito ao benefício fornece condições materiais para garantir o básico para a sobrevivência, vinculando-se inequivocamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito ao benefício fundamenta-se ainda na proteção do direito à vida (artigo 5º, *caput*, da CF de 1988)²².

A situação de pobreza em que são obrigadas a viver milhões de pessoas é um atentado contra a vida. A morte não ocorre de um momento para outro, mas essas pessoas estão morrendo rapidamente, um pouco por dia, por falta de alimentos, de assistência médica e de condições mínimas para a conservação da vida. [...] O respeito à vida de uma pessoa não significa apenas não matar essa pessoa com violência, mas também dar a ela a garantia de que todas as suas necessidades fundamentais serão atendidas. Toda pessoa tem necessidades materiais, as necessidades do corpo, que se não forem plenamente atendidas levarão à morte ou a uma vida incompleta, que não se realiza totalmente e que já é um começo de morte. [...] Todos os seres humanos têm o direito de exigir que respeitem sua vida. E só existe respeito quando a vida, além de ser mantida, pode ser vivida com dignidade.”²³

Sem o auxílio do Estado, os destinatários do benefício não têm condições de serem autônomos, verdadeiros sujeitos de direito, e iguais na sociedade.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque [org.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 152.

²² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 24.

1.3 A REGULAMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Afirmamos, quanto ao conteúdo do direito ao amparo assistencial, que o legislador é chamado para regulamentá-lo. A disciplina infraconstitucional é importante para delimitar o campo de aplicação do benefício. O legislador não faz simples transposição dos ditames da Constituição; não é para isso que ele serve. Existe, no dizer de Andreas Krell, um “livre espaço de conformação” do direito:

Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.²⁴

Contudo, se o Legislativo ou o Executivo não garantirem o cumprimento racional do preceito constitucional, é possível o controle pelo Judiciário, como ficará demonstrado adiante. “Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.”²⁵ O que faremos nesta monografia é seguir essa recente doutrina.

Em 1993, a regulamentação infraconstitucional necessária ainda não havia acontecido. Ameaça, pelo Ministério Público, da proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Escândalos da Comissão Parlamentar de Inquérito do orçamento, investigando os desvios de verbas públicas da assistência social para o setor privado. Tudo isso levou o governo a finalmente sancionar a Lei Orgânica da Assistência Social.

A LOAS é a lei nº 8.742, de 07/12/93, que regulamenta os arts. 203 e 204 da Constituição Federal de 1988. Estes artigos tratam, respectivamente: a) da prestação da assistência social e de seus objetivos; b) dos benefícios assistenciais e do perfil dos beneficiários; c) das fontes de recursos para as ações governamentais do setor; e d) das diretrizes mediante as quais as ações governamentais devem ser realizadas, destacando-se a descentralização político-administrativa e a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.²⁶

²⁴ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22.

²⁵ Id. ib., p. 23.

²⁶ PEREIRA, ob. cit, p.100.

A estratégia é observada por Eduardo Faria: “[...] os direitos humanos correm o risco de serem pervertidos no exato momento em que são ‘institucionalizados’ juridicamente. Concebidos historicamente como um mecanismo de proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, eles podem ser esvaziados na medida em que é o próprio Estado que os regulamenta.”²⁷ Isso ficará bastante evidente para o leitor.

A edição e elaboração do direito é tarefa das classes que detêm tanto o poder político como o econômico. Embora distintos, estes poderes se interpenetram de tal forma que tornam extremamente difícil o desenvolvimento da dignidade humana. A dificuldade se explica, em parte, pelo fato de a democracia ser, em geral, representativa. Desta maneira, os representantes parlamentares são, na maioria, representantes dos que detêm poder econômico e, por esta via, conseguem tornar universais seus interesses políticos.²⁸

Na aprovação da LOAS, artifícios deturparam a intenção da Constituição. Explica-os Pereira:

Assim, enquanto a Constituição determina a transferência de um salário mínimo mensal para todo e qualquer idoso e deficiente sem condições para prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, os revisores do projeto de lei estipularam uma linha de pobreza e pautaram-se por um critério de elegibilidade que exige que a carência experimentada pelo demandante seja *severa e profunda*. Em vista disso, só serão elegíveis para obtenção de um salário mínimo mensal aqueles cidadãos idosos e deficientes cuja família possua uma renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo. Isto significa que, se uma família de quatro membros, *severa e profundamente* pobre, tiver dois ou mais membros elegíveis para o acesso ao benefício, apenas um poderá ser contemplado porque a renda por ele auferida ultrapassará o limite da elegibilidade estabelecido pela lei. Tal artifício, por ferir a Constituição, tem sido objeto de contestação e alvo de ações de inconstitucionalidade.²⁹

E conclui: “o benefício de prestação continuada – uma das novidades do sistema de proteção social brasileiro, porque inaugura uma política de manutenção de renda básica já experimentada em outros países – praticamente se reduziu a nada graças à engenhosidade dos nossos “policy makers”.”³⁰

O artigo 20, § 3º, da LOAS é o que mais nos interessa: “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.*”

Fácil perceber que não houve preocupação em definir oficialmente as necessidades básicas dos idosos e deficientes a serem atendidas com o benefício. Assim,

²⁷ FARIA, ob. cit., p.152.

²⁸ OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e Direitos Humanos**. Curitiba: UFPR, 2003, p.127-8.

²⁹ PEREIRA, ob. cit., p.94-5.

³⁰ Id. Ib., p.95.

“as políticas de satisfação de necessidades estão sendo adotadas pelo governo sem parâmetros seguros e sem recursos adequados e suficientes.”³¹

Parafraseando Marx³², diríamos, portanto, que ‘a ausência de medidas e as desmedidas passam a ser a verdadeira medida’ das atuais políticas sociais focalizadas brasileiras, as quais, ao reduzirem as necessidades dos pobres ‘à mais miserável manutenção da vida física’, acabam por fazer acreditar que o pobre não tem ‘nenhuma necessidade de atividade nem de gozo e que esta vida é *também* vida e modo de existência *humana*’.³³

A lei nº 8.742/93 foi na contramão dos estudos sociais, estabelecendo uma linha de pobreza despida de qualquer fundamento empírico, com base em percentual do salário mínimo vigente. Estabeleceu-se um critério objetivo e extremamente rígido para identificar o titular do benefício, desconsiderando a real necessidade do cidadão e, dessa forma, restringindo o acesso daqueles que não se enquadram na situação descrita pela lei. Parte-se do pressuposto de que o salário mínimo brasileiro atende às necessidades básicas de uma família, consoante o artigo 7º, inciso IV, da CF³⁴. A lei restringiu o direito ao regulá-lo.

Concordamos com Ana Lígia Gomes quando diz ser importante sondar o momento histórico de edição da LOAS para melhor entender o seu objetivo e fazer-lhe ataques racionais.

Assim, a regulamentação e efetivação da LOAS se processam num contexto de desregulamentação, cenário balizado por ataques revisionistas à Constituição. As propostas de reformas constitucionais como parte do equacionamento dos efeitos da crise econômica e dos imperativos da nova ordem mundial de mercados globalizados, do capital sem fronteiras e da reestruturação produtiva, colocam a regulamentação da assistência na contracorrente do processo.³⁵

Em 1993, ano de edição da LOAS, faltavam políticas públicas, sendo fecunda a produção legislativa sobre temas econômicos. Prevalecia a concepção do Estado mínimo,

³¹ PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000, p.180.

³² MARX, Karl. **Manuscritos econômicos e filosóficos**. Terceiro manuscrito. In: MARX, Karl. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 18.

³³ PEREIRA. **Necessidades ...**, p.180.

³⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

³⁵ GOMES, ob. cit., p. 66.

com frágil atuação social. O interesse do Estado era desresponsabilizar-se com esse setor. Contudo, o preparo da receita neoliberal apenas agravou a questão social, com desemprego, crescimento do setor informal, formas precarizadas de trabalho, violência urbana, e a conseqüente ampliação das desigualdades sociais e da pobreza.

Nesse panorama, a Lei Orgânica da Assistência Social foi projetada de acordo com o receituário do Fundo Monetário Internacional, o qual prima pelas políticas sociais minimalistas, focalizadas na pobreza extrema. Utiliza-se, assim, o princípio da menor elegibilidade, explicado por Pereira:

consiste em diminuir ao máximo possível as chances de merecimento do pobre à assistência social. Ou melhor, trata-se de reduzir os indicadores de pobreza à sua expressão mais severa, pois, como já foi insinuado, o benefício concedido não deve desencorajar o assistido a encontrar, por esforço próprio, outros meios de sustento (não importa quais) e nem lhe conferir efetivo bem-estar. Por isso, o acesso ao benefício tem que ser custoso e estigmatizante a fim de tornar o merecimento um ganho incômodo e vergonhoso, do qual a pessoa gostaria de se livrar para preservar a auto-estima.³⁶

Pereira revela, ainda, outros mecanismos que restringem a demanda por benefícios e serviços assistenciais, presentes também no benefício continuado:

- a) “o estabelecimento de uma linha de pobreza que, baseada no princípio da menor elegibilidade possível, reduz a pobreza à miséria ou à indigência, ou ao que, na nova linguagem dos tecnocratas brasileiros, vem sendo chamado de *pobreza severa e profunda*;
- b) o cultivo do *estigma*, como recurso capaz de produzir sentimento de vergonha e de humilhação no pobre demandante de assistência social, e, por isso, passível de desencorajá-lo de buscar recursos que lhe são devidos como direito de cidadania;
- c) o estigma é geralmente estimulado tanto pela compulsão oficial do controle de possíveis fraudes a serem praticadas pelos destinatários da assistência social – compulsão esta identificada como “*fraudemania*” por alguns autores – quanto pelos “*testes de meios*” ou comprovações rigorosas de pobreza, que têm submetido os pobres às mais constrangedoras e humilhantes inspeções em sua vida privada. Como conseqüência, surge o previsível problema do “*take up*”, identificado com a restrição da demanda por assistência social, fato este considerado alvissareiro para os adeptos dos cortes nos gastos públicos, não importa se os pobres sejam deixados à sua própria sorte. Este fato é reforçado por uma série de negligências, cultivadas institucionalmente, tais como: falta de informações por parte das agências prestadoras de benefícios e serviços assistenciais (“quem precisa procura”, é o lema); confusão e intermitência na distribuição de direitos; más condições de atendimento; frieza e prepotência no trato com o demandante e, novamente, o reforço ao estigma como decorrência dessas negligências.³⁷

Deve existir seletividade na concessão dos benefícios, pois não é possível atender a todos em vista da escassez de recursos, bem analisada por Gustavo Amaral. É correto pensar que o Estado não pode e nem deve ajudar a todos. Existiria, então, a compreensão de que o benefício assistencial deve se limitar aos mais pobres, porquanto

³⁶ PEREIRA. *A Assistência ...*, p.62-3.

³⁷ Id. *Ib.*, p.25-6.

o Estado não tem condições de sustentar todos os que precisam, funcionando a limitação como meio de garantir que pelo menos os mais necessitados sejam amparados pelo Poder Público. A opção seria ajudar os extremamente carentes. Contudo, não entendemos ser moralmente aceitável que se deixe o ser humano chegar ao ponto mais sofrível da carência para que seja digno da ajuda estatal.

Quanto à comprovação da renda, trata-se de difícil tarefa para o beneficiário, pois o dinheiro que possui provém muitas vezes de atividades informais e irregulares. A apuração da renda atualmente ocorre por meio de declaração do próprio postulante do benefício.

A renda familiar comprova-se por documentos de todos os membros da família do requerente que auferem renda. São documentos como Carteira de Trabalho e Previdência Social, contracheque de pagamento ou documento similar, carnê de contribuição para o INSS, extrato de pagamento de benefício, declaração de entidade, autoridade ou profissional de assistência social³⁸. Trata-se de mais um óbice à concessão do benefício, visto ser difícil reunir documentos de todos os membros da família, isso se existirem tais documentos.

O correto seria sempre comprovar a necessidade da ajuda com parecer de assistente social, o que não é possível perante o caráter fechado da lei para a discussão de parâmetros. É por isso que muitos juízes têm adotado a postura de investigar o local onde o beneficiário mora e conferir suas reais condições de vida.

Com a atual sistemática, notam-se dois possíveis erros na concessão do benefício assistencial: (1) pessoas que não deveriam receber o benefício são incluídas; e (2) pessoas que deveriam ser beneficiadas são excluídas. O primeiro caso, a situação dos “parasitas”, é resolvido pela revisão do benefício, a cada dois anos, oportunidade em que

³⁸ Determina o artigo 13 do Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995: “A comprovação da renda familiar per capita será feita mediante a apresentação de um dos seguintes documentos por parte de todos os membros da família do requerente que exerçam atividade remunerada: I - Carteira de Trabalho e Previdência Social com anotações atualizadas; II - contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador; III - carnê de contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; IV - extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou outro regime de previdência social público ou privado; V - declaração de entidade, autoridade ou profissional a que se refere o art. 12. § 1º A apresentação de um dos documentos mencionados nos incisos I a V deste artigo, não exclui a faculdade de o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS emitir parecer sobre a situação sócio-econômica da família do beneficiário. § 2º A declaração de que trata o inciso V será aceita somente nos casos de trabalhadores que, excepcionalmente, estejam impossibilitados de comprovar sua renda mediante a documentação mencionada nos incisos I a IV.” O inciso V refere-se aos Conselhos de Assistência Social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos juízes, juízes de paz, promotores de justiça, comandantes militares do Exército, da Marinha, da Aeronáutica e das Forças Auxiliares, e os delegados de polícia.

se verifica se o benefício é necessário. O segundo caso é o que gera as demandas judiciais e o que analisaremos, questionando a severa seleção da LOAS.

Esclarecendo, o benefício de prestação continuada deve ser revisto (conforme previsão do artigo 21 da Lei nº 8.742/93) a cada dois anos para avaliação da continuidade do quadro que lhe deu origem e evitar fraudes. O pagamento cessará quando superadas as condições de necessidade, constatadas irregularidades, em caso de morte ou ausência declarada do beneficiário. Como lembrado por Martins, trata-se de benefício personalíssimo, vinculado à condição pessoal de incapacidade de auto-sustento. Em qualquer caso, o interessado poderá esclarecer as circunstâncias e produzir provas.

Como se não bastassem os abusos da LOAS, o Decreto nº 1.744/95 - que implantou o benefício de prestação continuada, fazendo-o exigível somente no ano de 1996 - impõe mais restrições para o acesso ao benefício. O decreto impõe que o beneficiário comprove a inexistência de atividade remunerada, exigência ilegal e descabida em relação à própria LOAS, pois seria bastante a comprovação da renda *per capita* de um quarto de salário mínimo. Ainda, traz minuciosas exigências para a obtenção do benefício, exigindo documentação muitas vezes não guardada pela possível clientela (como certidão de nascimento, de casamento, e de reservista, por exemplo).

Também atos administrativos têm golpeado o benefício ao invés de viabilizá-lo. Atesta Gomes: "Isto acontece particularmente no INSS, onde se constata que a burocracia dá suas interpretações arbitrárias e muito próprias aos princípios da lei, remetendo para as famigeradas resoluções e ordens de serviço o que não foi possível extirpar da lei, sendo que são tais atos menores que subordinam e comandam a execução."³⁹

Para receber o benefício, é preciso ir ao Posto de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social e preencher o requerimento concernente ao benefício de prestação continuada. O benefício é devido a partir da data da apresentação do requerimento⁴⁰, segundo Martins.

Se o solicitante entender que preenche os requisitos para a concessão do benefício e este lhe for negado, deverá propor ação perante a Justiça Federal, tendo

³⁹ GOMES, ob. cit., p.70.

⁴⁰ Alterado pela Lei nº 9.720/98, dispõe o artigo 37, *caput*, da LOAS: "O benefício de prestação continuada será devido após o cumprimento, pelo requerente, de todos os requisitos legais e regulamentares exigidos para a sua concessão, inclusive apresentação da documentação necessária, devendo o seu pagamento ser efetuado em até quarenta e cinco dias após cumpridas as exigências de que trata este artigo."

como réus o INSS e a União. Há também a opção dos Juizados Especiais Federais Previdenciários, com rito mais célere e informal – ao menos em tese – e sem a necessidade de constituir advogado. Ao mencionar a existência de pagamento decorrente de sentença judicial, o artigo 31 do Decreto nº 1.744/95 evidencia a possibilidade de postulação perante o Judiciário.

O acesso à justiça é tema muito relevante para os direitos sociais. Como afirma Ana Paula de Barcellos, é “instrumento indispensável para qualquer debate sobre a eficácia⁴¹ jurídica”.⁴²

Em demandas pela concessão do benefício de prestação continuada, é corriqueiro (1) que a ação seja julgada improcedente, pelo descumprimento do requisito da Lei nº 8.742/93; (2) que o processo seja extinto sem julgamento de mérito, por não ter sido esgotada a via administrativa; (3) que o juiz não julgue a demanda por entender-se incompetente para interferir na política orçamentária; ou (4) que o processo seja suspenso (a suspensão é tida como a decisão dos juízes mais ‘benevolentes’) até que sejam tentadas as vias administrativas para a concessão do benefício.

A demanda judicial foi necessária justamente pelo fato de o interessado ter uma renda *per capita* superior a ¼ do salário mínimo, mas que é insuficiente para sua manutenção com dignidade. Tendo extrapolado o exíguo critério da LOAS (o que não é difícil), mesmo carecendo do benefício, o INSS veda o ingresso do pedido de benefício na via administrativa. Um fiscal na porta da sede da autarquia diz para o cidadão ir embora porque “não tem direito”, e que não adianta nem protocolar o pedido administrativo. A única saída para aquele que tem direito sim é apelar ao Judiciário. No entanto, este tem se negado a atender prontamente, assim como fez o agente do INSS, o que frontalmente viola o artigo 5º, XXXV, da CF, que não condiciona o acesso à justiça. Afinal, para que a Constituição enunciaria um direito se não pode garanti-lo? E mais, há uma questão de economia processual: não há sentido exigir uma providência administrativa quando já se sabe o seu resultado, sendo que essa exigência só atrasa o processo.

O acesso à justiça acaba não existindo quando há desinformação da população. As pessoas não sabem se têm algum direito e, ainda que o saibam, desconhecem o modo para implementá-lo ou mesmo aonde pedir ajuda. Assim, as pessoas contentam-se

⁴¹ Ensina Ana Paula de Barcellos que “Eficácia jurídica é um atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas.” BARCELLOS, ob. cit., p.59.

⁴² BARCELLOS, ob. cit., p.154.

com a sentença dada pelo agente do INSS: “não adianta nem protocolar o pedido”. “Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os ‘*não partes*’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país.”⁴³

Em alguns casos, porém, a decisão judicial é favorável ao requerente, com base nos argumentos que estudaremos a seguir.

Além da renda, outra restrição que também pode ser analisada na concessão do benefício é a condição de benefício familiar, pois torna necessário que a família do beneficiário demonstre não ter condições de sustentar aquele membro. Na prática, resta proibido que, em uma mesma família, mais de uma pessoa receba o benefício, mesmo que atenda aos critérios de deficiência ou idade, já que os benefícios serão contados na aferição da renda familiar *per capita*. Esse é, para Gomes, um impedimento arbitrário, porque a Constituição assegura o benefício para a pessoa e não para a família. Ademais, a lei indica que o benefício não pode ser acumulado com qualquer outro benefício da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica. O Estatuto do Idoso (lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), no parágrafo único do artigo 34 estabelece: “O benefício já concedido a qualquer membro da família, nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.” O caput do artigo 34 repete a garantia do benefício de prestação continuada. A redação do parágrafo é uma vitória, pois em uma família com mais de um beneficiário, o recebimento da prestação por um deles eliminava, na prática, a possibilidade de outro também recebê-lo, pois a renda familiar *per capita* aumentava. Outra vitória é também o fato de os magistrados aplicarem esse dispositivo para os casos dos deficientes, estendendo o Estatuto que é apenas para o idoso. É resposta coerente, embasada no princípio da ampla interpretação a ser dada aos direitos fundamentais.

Ainda quanto à família, o entendimento da Constituição sobre o grupo responsável pela manutenção do beneficiário foi também traduzido pela lei infraconstitucional. Refere a LOAS: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso

⁴³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 57-8.

com 70⁴⁴ (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. § 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto.”

Pela referida lei, alterada em 1995 pela Lei nº 9.032, a família é formada por “I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. [...] §2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.” Com o Código Civil de 2002 deve-se reduzir de 21 para 18 anos a maioridade.

O decreto nº 1.744/95 também faz referência a uma noção de família: “Art. 2º Para os fins deste Regulamento, considera-se: I – família: a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes; [...]”

Sabemos que a idéia do que seja família é muito ampla. É comum, por exemplo, que os avós morem apenas com seus netos. A lei estaria restringindo o benefício ao excluir a possibilidade de comprovação de convivência do beneficiário com outras pessoas que não as arroladas pela lei.

Acreditamos que a Lei nº 8.742/93 operou um verdadeiro retrocesso social, ao restringir um direito fundamental. Imprimimos ao princípio da vedação do retrocesso social um sentido diferente do conferido pela maior parte da doutrina, a qual considera a lei regulamentadora de direito fundamental como ponto de partida das disciplinas legais, sendo proibido condicionar o direito para alguém do já legislado. Propomos a utilização do princípio em um sentido material, qual seja, o de considerar o direito fundamental como conquista social que não pode ser suprimida sob pena de se caminhar no sentido inverso ao da humanidade. “Neste contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma

⁴⁴ Atualmente é considerada idosa, para fins de concessão do benefício de prestação continuada, a pessoa com 65 anos ou mais, conforme o artigo 42 do Decreto nº 1.744/95, e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). O Estatuto repete o direito ao benefício de prestação continuada no artigo 34.

declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição de retrocesso social não se faz necessária tão-somente quando se cuida da revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.”⁴⁵

Explica ainda Sarlet:

Ao fim e ao cabo, a temática da proibição de retrocesso insere-se no contexto da possibilidade – amplamente reconhecida também entre nós – de que qualquer pessoa titular de um direito fundamental social (ainda que não regulamentado em lei) dispõe no sentido de impugnar medidas que colidam frontalmente com o direito assegurado pela Constituição ou que venham a frustrar a sua implementação.⁴⁶

O princípio da vedação do retrocesso, como nota Sarlet, não é absoluto,

já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação integral das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste. A proibição de retrocesso assume, portanto, feições de verdadeiro princípio constitucional implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados.⁴⁷

O benefício de prestação continuada é entendido por muitos autores, dentre eles Sergio Pinto Martins e Ana Lígia Gomes, como substituto da renda mensal vitalícia. Esta foi implantada pela Lei nº 6.179/74, como amparo previdenciário. Servia aos propósitos de financiar a subsistência de idosos e deficientes carentes. A “substituição” da renda mensal pelo benefício assistencial só ocorreu em 1996, quando foi implantado o benefício de prestação continuada com o Decreto nº 1.744/95, apesar de existir a lei regulamentadora desde 1993. Como o critério de acesso à renda mensal vitalícia (metade do maior salário mínimo vigente no país, não podendo ultrapassar 60% do valor do salário mínimo do local de pagamento) era menos excludente que o do benefício de prestação continuada, podemos concluir que, ao ser revogada a renda mensal pelo benefício assistencial, pessoas que antes tinham direito ao benefício não têm mais. Ou seja: a lei suprimiu um

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.374.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque [org.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-191, p.178-179.

⁴⁷ SARLET, **A eficácia ...**, p. 375.

direito sem colocar outro no lugar para um determinado grupo de pessoas, aquelas com renda *per capita* entre $\frac{1}{4}$ e $\frac{1}{2}$ salário mínimo⁴⁸. Também nesse sentido entendemos ter havido retrocesso social.

Restrições como a idade do idoso e a consideração do que seja a deficiência à que a Constituição faz alusão também são campos a serem explorados doutrinariamente.

Frente a tantos cortes, resta sarcástico o artigo 4º da Lei nº 8.742/93, que enuncia os princípios que regem a assistência social. Fiquemos com dois deles: “I – supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica” e “III – respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade”. Parece que ainda há um grande fosso entre a lei e a realidade regulada.

Diversos projetos de lei⁴⁹ tramitam no Congresso Nacional, na tentativa de eliminar os óbices à efetivação de um direito garantido desde 1988. Em 2000, 29 dos 50 projetos de lei sobre assistência social tratavam do benefício de prestação continuada. A perspectiva é dar maior alcance ao benefício, sendo o foco das atenções os critérios de acesso ao benefício. Vinte projetos alteram o corte de renda para ingresso, sendo que nove defendem o limite de um salário mínimo e sete propugnam pelo corte de meio salário. De acordo com Gomes,

Todos estes projetos tramitaram, na Câmara, apensados ao PL 3.055/97, sob a relatoria da deputada Ângela Gadagnin, autora de um único substitutivo que altera o critério de renda *per capita* para um salário mínimo, incluindo os benefícios eventuais; reduz a idade do idoso para 65 anos; modifica o conceito de portador de deficiência, contemplando as doenças crônicas graves; e suprime a proibição de que um benefício já recebido seja computado. Tal substitutivo foi adotado e aprovado pela Comissão de Seguridade Social da Câmara dos Deputados em agosto de 2000, tendo sido remetido à Comissão de Constituição, Justiça e Redação, onde se encontra atualmente, aguardando para entrar em pauta, com parecer favorável do relator.⁵⁰

Pereira invoca a pressão social para incluir em pauta o citado projeto. A discussão no Legislativo parece ser a grande saída para o problema da pequena efetividade do benefício de prestação continuada, principalmente se o Supremo Tribunal Federal não rever o julgado na ADIn nº 1232.

⁴⁸ Em 2001, no Brasil, havia 1.593.385 pessoas com mais de 60 anos com renda mensal familiar *per capita* entre $\frac{1}{4}$ e $\frac{1}{2}$ salário mínimo. Fonte: Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) de 2001.

⁴⁹ Como exemplos podem ser citados os projetos nº 738, 883, 1063 1143 e 1123/95; 1451, 1519, 1477, 1527, 1828 e 1743/96; 3108, 3197, 3055, 2706, 2712 e 3459/97; 463, 788 e 1463/99.

⁵⁰ GOMES, ob. cit., p.76-7.

Expressa o artigo 39 da LOAS: “O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), por decisão da maioria absoluta de seus membros, respeitados o orçamento da seguridade social e a disponibilidade do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), poderá propor ao Poder Executivo a alteração dos limites de renda mensal per capita definidos no § 3º do art. 20 e caput do art. 22” Frente a essa abertura que a lei proporciona, só podemos concluir que a inércia até agora quanto à superação dos defeitos da regulamentação do direito ao amparo assistencial resulta da falta de vontade política, evidenciando o descaso da administração brasileira para com a área social. Ao idoso e ao portador de deficiência resta a margem da sociedade.

Diante do exposto, restaram nítidos os defeitos da regulamentação infraconstitucional do benefício de prestação continuada. A Lei nº 8.742/93 e o Decreto nº 1.744/95 não são adequados à Constituição Federal, pois ao invés de aproximarem texto normativo e realidade social, inviabilizaram a concessão do benefício para algumas pessoas que dele necessitam.

1.3.1 LOAS: inconstitucional por omissão parcial

A Lei Orgânica da Assistência Social fez uma tradução inadequada da Constituição, violando núcleo essencial de direito fundamental - limitou a proteção dos idosos e deficientes carentes. O princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais, sendo postulado imanente de nosso sistema constitucional, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal⁵¹. Tal princípio evita o esvaziamento dos direitos fundamentais. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “Se se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador.”⁵²

Uma normatividade que atenta contra o conteúdo essencial de um direito fundamental é tão vedada quanto aquela que suprime um direito fundamental. Complementa o magistério de Ingo Sarlet:

⁵¹ Rp. 930, relator Min. Rodrigues Alckmin, transcrito na Rp. 1054, relator Min. Moreira Alves, RTJ 110, p. 937.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.39.

Com base no exposto, é de relembrar-se, neste contexto, a lição de Flávio Novelli, no sentido de que “as cláusulas pétreas”, estando a serviço da proteção do “cerne constitucional inatingível” (Pontes de Miranda), isto é, do “âmbito nuclear da estatalidade constitucional” (Klaus Stern), repelem toda e qualquer emenda que intente a supressão ou a alteração substancial dos direitos fundamentais ou dos princípios fundamentais da Constituição, incluídos no rol dos limites materiais à reforma da Constituição. Por núcleo essencial dos direitos e dos princípios fundamentais estruturantes poderá considerar-se, de acordo com o entendimento de Klaus Stern, recolhido por Flávio Novelli, os elementos que constituem a “própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição”, isto é, seus elementos essenciais, e não meramente acidentais.⁵³

A citação mencionou as cláusulas pétreas, mas estas são tidas como limites à reforma constitucional. “[...] remanesce a pergunta de qual o limite a que se encontra sujeito o legislador infraconstitucional caso venha a intervir neste direito fundamental legalmente concretizado. Que o legislador deverá respeitar, pelo menos, os mesmos limites fixados para o poder de reforma constitucional é inquestionável.”⁵⁴

Vale lembrar também, com Sarlet, que o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Então nenhuma restrição a direito fundamental pode afetar a dignidade.

Mostremos por que a LOAS é inconstitucional por omissão parcial. Flávia Piovesan explica essa forma de inconstitucionalidade:

Assim, a inconstitucionalidade por omissão quando total corresponde à inércia completa do legislador, quando parcial corresponde à deficiência ou insuficiência da atividade legislativa. Complexo é o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão parcial que, por vezes, pode implicar em inconstitucionalidade por ação. Tal fenômeno pode ocorrer em virtude de violação ao princípio da igualdade, sempre que acarrete um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei.⁵⁵

Entendemos ser o caso da LOAS a omissão parcial, pois a Constituição diz que tem direito ao benefício quem não tem condições de se auto-sustentar, sendo que a família deste indivíduo também não pode provê-lo. A LOAS limitou o direito ao benefício a uma pequena parcela de pessoas carentes, deixando à margem da lei pessoas que também teriam direito ao benefício de acordo com a CF. Ou seja: pessoas em condições idênticas ou semelhantes (carência de recursos) foram contempladas pela lei de forma

⁵³ SARLET, **A Eficácia ...**, p. 370.

⁵⁴ Id. *ib.*, p. 381.

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83-4.

diversa. O Legislativo não agiu nos termos exigidos pela Constituição; sua atividade não respondeu de forma satisfatória ao pedido constitucional.

Diz ainda Piovesan que “[...] a inconstitucionalidade por omissão está relacionada à omissão, total ou parcial, dos Poderes Públicos que enseje uma norma constitucional ineficaz ou que impeça alcance a norma constitucional eficácia plena.”⁵⁶ A LOAS não deixa o direito ao benefício assistencial alcançar sua eficácia plena e nem realizar a intenção da norma constitucional. A subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional, é uma contradição insuportável à luz dos princípios da moderna ciência jurídica, para Barroso, visto que o legislador ordinário se investe do poder de impedir que um direito conferido pela Lei Maior opere seus efeitos.

Constatada a inconstitucionalidade por omissão parcial, o que fazer? Propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão? Tal instrumento é apresentado por Flávia Piovesan:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão permite a obtenção da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, com a ciência do Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Pretende-se, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Por isso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão está relacionada com o direito objetivo. Busca, em última análise, permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir a efetividade destas normas.⁵⁷

Todavia, não há como se assegurar, por decisão em ADIn, o efetivo cumprimento do preceito constitucional e nem como imputar sanção ao comportamento inconstitucional. Na opinião de Piovesan, “A sistemática acolhida pela Carta de 1988 permite afirmar que, em prol da rígida concepção do princípio da separação dos poderes, compromete-se o princípio da prevalência constitucional.”⁵⁸ Para Ricardo Lobo Torres, a ADIn por omissão não tem importância para a garantia do mínimo existencial, uma vez que se trata de direito que se efetiva unicamente com a Constituição, sendo desnecessária legislação ordinária.

Quanto aos efeitos da ADIn, complementa Gilmar Ferreira Mendes:

⁵⁶ Id. *ib.*, p. 85.

⁵⁷ Id., *ib.*, p.171.

⁵⁸ Id., *ib.*, p.173.

A única concepção que parece coadunar-se com a Constituição, no caso de simples declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial, na via do mandado de injunção ou do controle abstrato da omissão, é aquela que defende a imediata suspensão da aplicação do complexo normativo defeituoso ou ilegítimo. A aplicação geral e continuada da lei considerada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.⁵⁹

Mendes segue a linha do Supremo Tribunal Federal e sustenta que, por vezes, suspensão da aplicação da lei inconstitucional pode agravar o estado de inconstitucionalidade. “Todavia, ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a *aplicação da lei*, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.”⁶⁰

Aludimos ao entendimento do STF porque já foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contra o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, justamente o dispositivo que ora criticamos, referente à renda familiar *per capita*.

O Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 1.232-1, decidiu, em 27 de agosto de 1998, que a regulamentação, ou melhor, a restrição do direito ao amparo assistencial não é inconstitucional. Vejamos a ementa:

Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V, art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face do próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.⁶¹

Quer dizer então, senhores ministros, que se a norma constitucional disser que cabe à lei infraconstitucional regular a matéria, qualquer seja a regulamentação nunca haverá restrição?

Na opinião de Sergio Fernando Moro,

O julgado foi, aparentemente, movido pelo receio, explicitado quando do indeferimento da liminar, de que a suspensão da eficácia do ato normativo impugnado levaria ao agravamento do estado de inconstitucionalidade, o que tem por base o entendimento de que o Supremo não poderia indicar critério suplementar. Se o Supremo não queria entrar em discussões empíricas, poderia ter

⁵⁹ MENDES, ob. cit., p. 62.

⁶⁰ Id. lb., p. 65.

⁶¹ ADIn nº 1.232-1, relator Min. Nelson Jobim, por maioria, DJU I de 01/06/01.

adotado o critério objetivo fixado no art. 5º da Lei nº 9.533, de 10/12/97, como base para juízo conclusivo sobre a arbitrariedade do critério definido na Lei nº 8.742/93.⁶²

A citada lei de 1997 traz como critério de acesso a programas assistenciais a renda familiar mensal *per capita* de ½ salário mínimo, mais abrangente.

Sarlet conclui, a respeito do argumento de que a declaração de nulidade do dispositivo legal redundaria numa situação mais gravosa:

Percebe-se, com base nestas decisões, que o Supremo Tribunal Federal acabou por considerar ambos os direitos fundamentais sociais (salário mínimo e assistência social) como direitos dependentes de lei e, portanto, positivados como normas de eficácia limitada. Se tal conclusão não impede eventual sindicabilidade dos atos normativos infraconstitucionais por meio do controle da constitucionalidade, já que também as normas de eficácia limitada são dotadas de eficácia derogatória, servindo, além disso, de parâmetro (e limite) para a concretização, aplicação, interpretação e integração das demais normas jurídicas, há que reconhecer que, em se compartilhando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, se estará admitindo a impossibilidade de – para além ou mesmo independentemente de qualquer ato legislativo – reconhecer ao particular direitos subjetivos a prestações no âmbito destes direitos sociais.⁶³

O controle jurisdicional tem lugar quando há ação ou omissão, proveniente de órgão público, que viole o direito fundamental às condições mínimas de existência humana digna. Ricardo Torres alude à utilização do mandado de segurança para garantir o *status positivus libertatis*. Na mesma esteira está Ruy Ruben Ruschel, ao defender o uso do *mandamus* para tornar efetivo o direito impetrado com fundamento direto na Constituição. A Constituição diz que o benefício assistencial será concedido na forma da lei. Se a lei restringir o direito, há, assim, o mandado de segurança.

São vários os autores que ressaltam em seus trabalhos a importância do acesso à justiça para a efetividade dos direitos sociais. De nada adianta a argumentação que aqui defendemos se não se pleiteia perante o Judiciário a demanda pelo benefício assistencial.

A morosidade da prestação jurisdicional é lembrada por Schäfer como óbice à plena eficácia dos direitos fundamentais. Medidas para acelerar a proteção jurídica e ampliar o acesso à justiça são necessárias, para o autor. Canotilho rebate, dizendo que a rapidez pode levar a decisões injustas. Contudo, acreditamos ser mais injusta a longa espera para ver efetivado um direito que a Constituição já assegura do que o perigo de haver um julgado injusto, cujo dano pode nem se materializar. Aliás, muitas das decisões tomadas em longos períodos de reflexão são absurdas.

⁶² MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Curitiba, 2002. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, p. 228.

⁶³ SARLET. **A Eficácia ...**, p.291.

Tendo em vista os beneficiários do amparo assistencial, constata Andreas Krell: “Desconhece-se, no entanto, o cidadão comum propor perante o Juiz natural, individualmente, como titular de um “direito social”, uma ação judicial pleiteando o acesso imediato e concreto de algum dos direitos sociais arrolados no art. 6º da Constituição Federal.”⁶⁴

Nesta monografia, é analisado apenas o requisito da renda familiar mensal *per capita*, para um melhor aprofundamento do estudo. Todavia, acreditamos ser possível estender muito do que apresentaremos aos demais requisitos. A LOAS não é suficiente para garantir as condições mínimas de existência para algumas pessoas, e é esse o motivo que nos leva a defender, nas páginas seguintes, argumentações para possibilitar a postulação do benefício por beneficiários constitucionais excluídos pela lei infraconstitucional e, assim, proteger a vida e a dignidade de todo cidadão brasileiro, como quer nossa Carta.

⁶⁴ KELLER, ob. cit., p. 70.

2 É POSSÍVEL EXIGIR O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA ALÉM DE SUA REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL?

Oferecemos de antemão a resposta: sim. O direito ao benefício de prestação continuada está assegurado constitucionalmente. A lei infraconstitucional que o regulamentou apenas concretizou (mal) uma exigência constitucional. É a Constituição que servirá de base para qualquer exigência judicial de concessão do benefício. O texto constitucional permite ir além ou contra a norma ordinária. Obviamente a postulação não é feita nos termos do tudo ou nada, pois além do direito ao benefício, há outros elementos a serem considerados.

Justificaremos nossa posição com argumentos que permitem compreender e fundamentar a implementação judicial das prestações materiais devidas pelo Estado. Exploramos teses de sindicabilidade, sendo que cada uma serve para reger um determinado grau de profundidade do problema.

2.1 PODEMOS REIVINDICAR UM DIREITO A PARTIR DE SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A hermenêutica clássica, diz Marcos Maselli Gouvêa, consiste na análise exegética do texto normativo, enquanto não há dados do caso concreto. Aplica-se aos casos subsumíveis a normas isoladas. Para Canotilho, clássico é o método que utiliza o texto normativo como ponto de partida e limite da interpretação da norma.

Na análise do texto constitucional, entra em cena, como nota Gouvêa, o princípio da máxima efetividade, para eliminar impedimentos à obtenção concreta dos efeitos das normas.

O que aparenta ser conselho ganha força vinculante:

O princípio da máxima efetividade é um postulado que orienta a exegese contemporânea a buscar, na interpretação da lei e na criação de doutrina, o máximo de concreção da norma legal, em especial da norma constitucional. Preceitos anteriormente considerados não vinculantes, por força do aludido princípio passam a ter suas potencialidades normativas exploradas ao máximo, através da formulação de estratégias e remédios processuais inovadores, ou da formulação de doutrina que permita remover obstáculos à auto-aplicação da norma¹.

¹ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 98.

“Embora não se possa exigir a máxima mobilização de recursos públicos no atingimento daquela finalidade traçada, visto tratar-se de questão política, o direito à alocação de esforços mínimos pode e deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário.”²

A doutrina da efetividade orienta o intérprete no sentido de que as normas produzam efeitos segundo o máximo de suas potencialidades.

Em suma, a tese da máxima efetividade é um desdobramento do reconhecimento da força normativa da Constituição. Partindo do pressuposto de que tudo na Constituição é norma, e norma suprema, seus cultores passaram a enfatizar uma atuação que tivesse em vista não apenas a eficácia jurídica, *dever ser* considerado em si mesmo, mas principalmente a efetividade, a formulação de estratégias jurídicas para a transformação do *dever ser* em realidade.³

É também nota elementar da doutrina da efetividade, segundo Gouvêa, “a possibilidade de tutela judicial sem intermediação de quaisquer outros atos legislativos ou administrativos (auto-aplicabilidade ou aplicabilidade direta)”⁴.

Alguns autores relutam em aceitar a possibilidade de exigir, com fundamento na própria norma constitucional, uma prestação positiva: “A doutrina pátria majoritária considera a maior parte das disposições constitucionais acima referidas⁵ como incapazes de apresentar qualquer outra eficácia jurídica além de vincular negativamente o legislador impedindo-o de agir explicitamente contra o objetivo indicado pela norma.”⁶

Em outras palavras, significa dizer que as normas definidoras de direitos sociais são programáticas, apenas balizas para o administrador e o legislador, sem qualquer eficácia positiva. Entretanto, Adreas Krell afirma, com razão, que mesmo as normas denominadas programáticas sobre direitos sociais constituem direito diretamente aplicável. O autor não encontra problemas em falar “normas programáticas”, pois a expressão, atualmente, não mais pode bloquear a efetividade das normas definidoras de direitos. Na Constituição, como há muito notou José Afonso da Silva, não há norma despida de eficácia. Mesmo assim, Krell observa que pouca atenção se tem dado ao exame de como as normas funcionam na prática e, – acrescentaríamos - **se** funcionam.

² Id. ib., p. 98.

³ Id. ib., p. 42.

⁴ Id. ib., p. 55.

⁵ Cf. normas constitucionais transcritas na abertura do primeiro capítulo.

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 162.

No Brasil, existe o apego à instrumentalização da Constituição por meio de normas regulamentadoras e, por isso, alguns dispositivos não são aplicados diretamente pelo juiz. Válida a lição de Ferrajoli ao defender a sujeição do juiz à Constituição, afirmando seu papel de garantidor dos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente estabelecidos, porque aí “[...] reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, [...]”.⁷

Canotilho, ao expor a teoria da Constituição dirigente⁸, não quis que os direitos sociais fossem meros apelos ao legislador, e sim imposições legitimadoras de transformações econômicas e sociais. Todavia, sabemos que o mestre reviu sua doutrina, defendendo agora o constitucionalismo moralmente reflexivo, pois sucumbiu ao descrédito das utopias que seriam os direitos fundamentais. “Além disso, o autor português passou a negar a possibilidade da geração de direitos subjetivos na base de direitos constitucionais sociais, alegando que somente o legislador ordinário seria legitimado a determinar o seu conteúdo concreto, sem vinculação estrita às normas “programáticas” da Constituição.”⁹

Contudo, preferimos seguir uma corrente recente que demonstra a vinculação do Judiciário à Constituição, exaltando o valor normativo do texto constitucional, o que significa admitir sua imperatividade, característica principal de toda norma jurídica. Krell afirma que independente de lei infraconstitucional, os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados. “A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos.”¹⁰

⁷ FERRAJOLI, Luigi. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. [org.] **O Novo Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 101.

⁸ Em sua obra **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**.

⁹ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.68.

¹⁰ KRELL, ob. cit., p. 38.

Pelo simples fato de estarem na Constituição, os direitos prestacionais originários¹¹ podem ser demandados judicialmente independentemente da existência de lei regulamentando a matéria ou de serviço ofertado.

A questão, anuncia Sarlet, é “se e – em sendo afirmativa a resposta – até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material (direito à educação, assistência médica, assistência social, etc.).”¹²

Sempre que for constatada a inércia ou a atuação deficiente do legislador, poderá atuar o Judiciário. É a Constituição que concede direito fundamental, e não a lei. Se quem pode o mais pode o menos, “poderíamos argumentar que, em tendo definido suficientemente o conteúdo da prestação, o Constituinte acabou autorizando que da Constituição se extraíam diretamente as posições jurídico-subjetivas, independentemente da edição de ato concretizador.”¹³

Sarlet reconhece que a simples vigência não garante a efetividade da norma; a positivação não fornece o instrumental suficiente para a concretização. De fato a efetividade relaciona-se a aspectos externos à mera existência da norma. Entretanto, quando se trata de direitos fundamentais, o professor garante a possibilidade de exigir a concretização do preceito: “Com relação à assistência social, vinculada intimamente com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, é possível reconhecer verdadeiro direito subjetivo a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador, pois às vezes a regulamentação infraconstitucional foi insuficiente.”¹⁴

Se não se admitisse o direito subjetivo, as normas constitucionais não seriam sinceras, na expressão de Gustavo Amaral, pois as promessas seriam destituídas de qualquer factibilidade ou mesmo intenção de serem realizadas.

¹¹ Direitos prestacionais originários são direitos a prestações positivas estatais, ainda não regulamentados infraconstitucionalmente, ou já regulamentados porém de forma insuficiente, sendo que determinada parcela do conteúdo do direito encontra apoio ainda apenas na Constituição, como é o caso do direito ao benefício de prestação continuada.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.276.

¹³ Id. ib., p. 292.

¹⁴ Id. Ib., p.322.

À luz do postulado do desenvolvimento máximo da personalidade humana, para Robert Alexy alguns direitos sociais vinculam o poder público e os particulares independentemente de reconhecimento e regulamentação pelo legislador ordinário.

Habrà que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital [...].¹⁵

Pode-se concluir, então, que há condições de se exigir do poder público o salário mínimo previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, pois o benefício de prestação continuada é um direito necessário ao atendimento das condições existenciais mínimas. Existe o direito de exigir a prestação fática sim.

Para Luis Roberto Barroso, um meio para assegurar a efetividade das normas constitucionais é a utilização do instrumental legal para tutelar jurisdicionalmente os direitos constitucionais. Este caminho jurídico liga-se à interpretação das normas. Pertencendo os direitos sociais ao grupo das normas fixadoras de direito, na classificação do autor, são normas de aplicabilidade direta. Segundo Barroso, existem na Constituição direitos sociais que são direitos subjetivos, pronta e diretamente exigíveis, como o amparo social. “[...] só por falta de seriedade em relação à Carta fundamental se poderia dar a tais preceitos a inteligência de que não investem o indivíduo em qualquer exigibilidade de conduta em face do Estado.”¹⁶ Se o direito não é viável, diz Barroso, a Constituição não deveria tê-lo previsto, pois o que não é realizável torna desacreditada a Carta.

Se a exegese parte da norma constitucional e tem nesta também seu limite, o benefício de prestação continuada deve ser concedido para quem dele necessite, e apenas para estes. Qualquer pessoa idosa ou portadora de deficiência sem condições de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família que postule o recebimento do benefício de amparo social com base na norma constitucional deve ter sucesso na demanda, em uma simples subsunção.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 495.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 197, p. 52, jul-set. 1994.

A Constituição chega a utilizar o termo *garantia*, para definir o direito ao amparo assistencial. Garantia é mais do que direito, porque indica segurança aos beneficiários da norma constitucional de que, no mínimo, contarão com os esforços do Estado para realizar a prestação. Garantia remete à possibilidade do uso de remédios processuais eficientes para fruir um direito.

A par da regulamentação ordinária do benefício assistencial, a norma constitucional continua hierarquicamente superior, berço de toda a proteção do direito. Pela valorização da Constituição pleiteia-se o benefício para além da lei.

Essa valorização tem como marco, no movimento pela máxima efetividade das normas constitucionais, de acordo com Gouvêa, o § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Enuncia o artigo 5º, § 1º, de nossa Constituição Federal: “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Aplicação significa realização. O objetivo evidente da norma é evitar que os direitos fundamentais sejam letra morta. Ingo Sarlet parte da premissa de que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira.

Sarlet entende que o dispositivo reconhece a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais (constantes ou não do catálogo dos arts. 5º a 17), tanto da CF como dos tratados internacionais (o que se harmoniza com o entendimento do art. 5º, § 2º, da CF, que instaura a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais). Mas qual o significado dessa norma?

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, “o mínimo que se pode extrair do § 1º do Art. 5º é o princípio de interpretação constitucional da *máxima efetividade*, segundo o qual, em caso de dúvida, deve-se optar pela interpretação tendente à concessão de maior efetividade ao Texto Constitucional.”¹⁷

Essa afirmação vem ao encontro da prudente arguição de Sarlet: inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. Esclarece o autor que “ao sustentarmos a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais,

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: TORRES, Ricarlo Lobo; MELLO, Celso D. de Albuquerque [dir.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.28.

estamos nos referindo à possibilidade de todas as normas encontrarem – na medida da sua eficácia – alguma aplicação direta, sem necessidade de intermediação legislativa.”¹⁸

Trata-se, como norma principiológica, de um mandado de otimização: “estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”¹⁹. Os órgãos estatais não só são proibidos de disporem dos direitos como são obrigados a realizá-los. Assim, a questão não é aplicar ou não o princípio, e sim avaliar o quanto é aplicável e eficaz em cada caso concreto. Fica a premissa do dever de aplicação imediata e com plena eficácia das normas de direitos e garantias fundamentais. A plena aplicabilidade poderá ser afastada, mas apenas com fortes argumentos.

Resumindo: para não cair em extremos - acreditar que os direitos fundamentais são eficazes apenas nos termos da lei, ou crer que qualquer norma enseja o gozo de direito subjetivo individual independentemente de concretização legislativa -, o que seria insensato, para Sarlet, formula o professor sua tese, defendendo que somente o exame da hipótese em concreto determinará o *quantum* de aplicabilidade e eficácia é possível atribuir a um direito.

Como crítica à efetividade, Gouvêa indica o reducionismo metodológico:

A supervalorização da norma constitucional conduziria a um anacrônico método exegético-subsuntivo, em que o comando da norma, uma vez capturado pelo intérprete através de critérios que preservem ao máximo a sua literalidade (ou, no máximo, a vontade real ou suposta do constituinte), deve automaticamente ser aplicado pelo julgador, e em especial pela Corte Constitucional, compreendida como *amiga da Constituição*.²⁰

A efetividade não resolve dúvidas interpretativas, pois é um princípio muito vago, sem qualquer critério material. Gustavo Amaral também dirige crítica nesse sentido, dizendo ser comum advogar que “se está na lei, é direito”; se não se sabe o que é o direito, haja vista pairarem dúvidas acerca do conteúdo dos direitos sociais, como atribuir aos comandos máxima eficácia?

Ainda, para Amaral, a postura de máxima eficácia nega a cidadania ao levar o Estado à falência, frente à impossibilidade de cumprir simultaneamente todas as

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque [org.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166, nota de rodapé nº 64.

¹⁹ SARLET, **A Eficácia ...**, p.114.

²⁰ GOUVÊA, ob. cit., p.42.

demandas. A postulação de uma prestação positiva está condicionada à existência de recursos públicos para sua realização. Frente à constatação de que a demanda pelo benefício não pode ser simples atividade subsuntiva, o método clássico revela-se insuficiente nos casos que envolvem óbices metapositivos impostos aos direitos prestacionais.

Barcellos e Barroso relembram que

A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão, não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico.²¹

De acordo com esse pensamento, o juiz revela o sentido da norma constitucional: ajudar os idosos e os portadores de deficiência com carência de recursos. Em seguida, faz incidir a norma no caso concreto: uma família de três integrantes, em que o filho é deficiente físico, a mulher tem de permanecer em casa para dele cuidar, e o marido percebe um salário mínimo mensal. Caracteriza-se a carência de recursos de um portador de deficiência, a situação que a Constituição quis proteger? Sim. E não se está no campo do valor, e sim do fato. O filho com deficiência precisa de medicamentos que o Sistema Único de Saúde não oferece, e o salário do pai revela-se insuficiente. A questão torna-se apenas subsunção. Então, ainda que se utilize um método formalista, é possível proteger a norma constitucional. Mesmo que o juiz fosse neutro e atuasse de maneira lógico-dedutiva, entenderia que o legislador disse menos do que deveria. A análise valorativa da finalidade da norma e do conflito que pretende dirimir, só reforçaria o resultado já obtido. Vale a citação de Barcellos e Barroso, para quem a atividade do intérprete jamais será mecânica, mesmo em se tratando de regras, “pois a ele cabe dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real”²².

Contudo, é certo que os direitos fundamentais não são apenas subsunção fato-norma; envolvem política e ideologia. O juiz assume um papel (cri)ativo, com força para mudar a realidade. Criando condições sociais, os juízes desempenham um papel também político, para Krell, o que não é nenhum motivo de espanto e, sem dúvida, não é uma atuação com a qual devemos nos opor.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 79, mai-jun. 2003.

²² Id. *ib.*, p. 59.

O produto dessa discussão é o seguinte: ainda em uma interpretação clássica, que considera o texto da norma como origem e limite, despida de valoração, o direito ao amparo social é exigível para além do regulamentado pelo legislador ordinário. Atua o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, com possibilidade de exigir tudo o que o constituinte pretendeu, ainda que negado pelo legislador. Aliás, é por estar na Constituição que o direito é de pronto aplicável, independente de existir regulamentação infraconstitucional ou de qual for o seu conteúdo. Sendo direito fundamental, parte-se da premissa da aplicabilidade imediata e eficácia plena. Logicamente a solução não é tão simples, pois as normas jusfundamentais são principiológicas, e sua aplicação no caso concreto não pode se dar sem ponderação. Por isso recorreremos a outros métodos hermenêuticos, sem deixar de afirmar a utilidade, ainda hoje, do formalismo.

2.2 O JUDICIÁRIO PODE CONTROLAR A DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR NA REGULAMENTAÇÃO DE UM DIREITO

As normas que reconhecem um direito prestacional podem ser defeituosas, e um defeito pode ser a existência de lacuna. As lacunas, como reconhece Gouvêa, são obstáculos jurídicos à sindicância de prestações estatais positivas. Sem a possibilidade de definir tecnicamente um vocábulo do texto normativo, muitos direitos podem ser letra morta, dependendo do legislador para conformá-los, sendo conformados arbitrariamente por um magistrado, ou recebendo conceituação alguma. Contudo, afirmamos que nenhuma norma de direito fundamental pode ser letra morta. E é próprio das normas definidoras de situações jurídicas prestacionais a utilização de conceitos indeterminados ou fluidos.

As normas de conteúdo aberto não sobrevivem em uma exegese tradicional, acostumada à unicidade de sentido e à objetividade. Torna-se necessário analisar os elementos do caso concreto, os princípios a serem preservados e os fins pretendidos pela norma.

No tocante ao benefício assistencial, a indeterminação está na definição dos beneficiários: são pessoas *“que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”*. A Constituição garante assistência social *“a quem dela necessitar”*.

Ingo Sarlet considera ser frágil qualquer argumentação que sustente não dispor o Judiciário de competência para aplicar diretamente o dispositivo constitucional, visto ser perceptível que o constituinte, ao usar termos amplos, procurou afastar a necessidade de interposição. Foi o que defendemos no tópico anterior. Isso não afasta a advertência feita por Gouvêa: é imperioso reconhecer que termos indeterminados comportam dubiedades. Pode o magistrado aplicar a norma constitucional, mas cabe ao legislador ordinário fazer um juízo político acerca do sentido do texto constitucional, porque a própria Constituição assim previu. E como se trata de assunto de interesse da comunidade, o órgão investido pelo voto melhor representa a vontade popular.

Ao transpor o ditame constitucional para o nível ordinário, o legislador não atuará mecanicamente; terá um espaço de livre conformação do conteúdo da norma, respeitando o sistema constitucional e o núcleo essencial do direito assegurado. Na tarefa de concretizar um direito fundamental, não existe, entretanto, discricionariedade²³ ampla, pois os Poderes Públicos não podem atuar contra os direitos e garantias fundamentais, devendo realizar o máximo possível de seu conteúdo.

Explica Gouvêa que “A máxima efetividade é um *topos* jurídico-argumentativo ligado ao método exegético, e nesta condição permite sustentar a sindicabilidade de prestações estatais positivas quando defrontadas com *defeitos lingüísticos* das normas jurídicas”²⁴.

A vinculação não foi observada no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93: “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo*”. Ou seja: para a lei, é incapaz de prover sua manutenção alguém que ganha menos de R\$ 65,00 mensais, em valores atuais²⁵.

Diante da definição legal considerada inadequada pode o magistrado invalidá-la? Em caso positivo, poderá propor uma definição em substituição? A questão, como

²³ A exemplo de Gouvêa, utilizamos o vocábulo discricionariedade tal como conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello: é “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.” (GOUVÊA, ob. cit., p.200) Neste estudo quer-se incluir também a discricionariedade do legislador.

²⁴ GOUVÊA, ob.cit., p. 98.

²⁵ Referência: outubro de 2004.

acentua Gouvêa, é averiguar até que ponto existe discricionariedade na definição administrativa e legal dos conceitos juridicamente indeterminados.

Primeiramente, cabe expor que consideramos a definição legal inadequada, por restringir a proposta constitucional, em confronto com o princípio de que os direitos fundamentais devem ser interpretados da maneira mais ampla possível. Quem são os incapazes de prover o próprio sustento no Brasil?

De acordo com Potyara Pereira, o beneficiário da assistência social é todo cidadão²⁶ pobre, aquele incapaz ou impedido, permanente ou temporariamente, de prover para si e sua família, ou de ter por ela provido, o sustento. Reflete Pereira:

Se, para muitos, o seu destinatário típico é o miserável, para mim este é o seu destinatário atípico. Atípico porque, necessariamente, nem sempre quem está na base da pirâmide social deverá estar em estado de privação absoluta. Privação absoluta como regra básica é excrescência social e fracasso político. Na verdade, o alvo da assistência social é a privação, que pode ser relativamente mais ou menos acentuada de acordo com o padrão de desenvolvimento de cada sociedade e da forma como está distribuída a riqueza nacional. Portanto, o seu alvo de atenção é muito mais a privação relativa, que tem como parâmetro a desigualdade e não a pobreza extrema ou a miséria, o que justifica a sua existência tanto nos chamados países centrais como nos periféricos.²⁷

Schwarzer e Querino oferecem uma noção mais funcional. Consideram como pobres aqueles que não têm renda suficiente para comprar uma cesta básica de alimentos e bens não alimentícios básicos (habitação, transporte, vestuário). Os indigentes são aqueles que não são capazes de comprar nem mesmo a cesta básica de alimentos. Em 2001, a Fundação Getúlio Vargas considerou como indigentes aqueles que recebem menos de R\$ 80,00 por mês, sendo aproximadamente 29,3% da população brasileira. Portanto, mesmo com dados de 2001, a lei nº 8.742/93 exige que o beneficiário esteja em situação inferior à indigência, intolerável em um Estado que tem como objetivo assegurar a dignidade da pessoa humana, promover o bem-estar social e erradicar a pobreza.

Trabalhando com valores atuais, reportagem veiculada pelo Jornal Nacional da Rede Globo, na data de 15 de abril de 2004, divulgou que um terço da população brasileira é miserável, conforme pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas. Foi considerada miserável a família com renda mensal inferior a R\$ 79,00 por pessoa. A

²⁶ Sergio Pinto Martins complementa que estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem, são também beneficiários da assistência social, bastando apenas que preencham os requisitos legais.

²⁷ PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **A assistência social na perspectiva dos direitos: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil**. Brasília: Thesaurus, 1996, p.54.

cidade com pior índice de miserabilidade fica no Maranhão: é Centro do Guilherme, com 95,32% dos habitantes abaixo da linha da pobreza.

Para Sergio Moro, a noção comum de pobreza indica a situação de carência de recursos. Existem diferentes formas de caracterizar a pobreza, o que leva a diferentes considerações sobre quem é pobre.

Ensina Pereira que

A noção de pobreza que prevalece no país – inclusive em algumas passagens da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã – é a de pobreza absoluta ou privação extrema, que se caracteriza pela ausência de requerimentos mínimos necessários para manter a vida ou a subsistência de pessoas submetidas a essa condição. [...] Pobreza absoluta constitui-se, assim, numa categoria analítica que legitima, estimula e perpetua ações emergenciais ou de pronto atendimento, em oposição à noção de pobreza relativa ou de desigualdade social, que requer estudos e pesquisas para informar as ações assistenciais, assim como planejamento, sistematicidade, continuidade e previsibilidade na provisão de benefícios, serviços e direitos. Com efeito, diferente da rigidez da noção de pobreza absoluta, que elege o mínimo vital de sobrevivência biológica como parâmetro das ações assistenciais, a noção de pobreza relativa leva em conta o padrão de vida de todos os membros de uma dada sociedade na definição de pobreza.²⁸

Contrariando Pereira, Moro considera a pobreza absoluta como o parâmetro mais adequado para concretizar o direito à assistência social, “pois o objetivo deste é contemplar aqueles que não têm condições de prover o seu próprio sustento.”²⁹

Sonia Rocha explica o cálculo da linha de pobreza: (1) determinam-se as necessidades nutricionais da população; (2) determina-se a cesta alimentar de menor custo que atenda às necessidades estimadas, sendo este valor a linha de indigência (valor do consumo alimentar mínimo necessário); (3) determinam-se as despesas mínimas não-alimentares. “Como não se dispõe de normas que permitam estabelecer qual o consumo mínimo adequado de itens não-alimentares, o valor associado a eles é obtido de forma simplificada, correspondendo geralmente à despesa não-alimentar observada quando o consumo alimentar é atingido.”³⁰

Segundo Sarlet, são as condições mínimas (uma ajuda para a auto-ajuda - *Hilfe zur Selbsthilfe*) para uma existência com dignidade que constituem o objeto precípua da

²⁸ Id. ib., p.60.

²⁹ MORO, Sergio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado da [org.]. **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.146.

³⁰ ROCHA, Sonia. Estimativa de linhas de indigência e de pobreza: opções metodológicas no Brasil. In: HENRIQUES, Ricardo [org.]. **Desigualdade e Pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000, p. 110.

prestação assistencial, não a dignidade da pessoa humana em si. Mas qual o valor adequado dessa ajuda? Quanto é necessário para uma existência digna? De acordo com Sarlet, a fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas depende do padrão sócio-econômico vigente. A esfera econômico-financeira e mesmo as necessidades variam. Certo é que o valor não pode considerar apenas a sobrevivência física.

Sobrevém a indagação: o valor do salário mínimo é parâmetro adequado para definir as necessidades básicas dos cidadãos? O atual valor de R\$ 260,00, de acordo com o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, deveria ser suficiente para *“suas (do trabalhador) necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”*. Contudo, qualquer brasileiro sabe que a renda mínima é insuficiente para arcar com todas essas despesas.

Em julho de 2004, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-econômicos - DIEESE afirmava ser necessário, para levar uma vida digna, uma renda mensal mínima de R\$ 1.527,56, *“para poder consumir os demais itens da alimentação, como pão e leite, moradia, transporte e outros produtos minimamente necessários à sobrevivência.”*³¹

Antônio de Souza Prudente lembra que o valor do salário mínimo sempre esteve em descompasso com o conteúdo sócio-econômico do texto constitucional, não garantindo sequer o mínimo existencial. Desde o primeiro diploma normativo sobre a renda mínima, houve agressão à Constituição – o Decreto nº 2.162, de 1º de maio de 1940 quantificou o salário mínimo em Cr\$ 0,22³². Bem diz o autor que o salário mínimo no Brasil não pode comprar um sonho – literal ou metaforicamente.

Constatada a inadequação da definição legal dos beneficiários do direito ao amparo assistencial, retoma-se a pergunta: o que o Judiciário pode fazer?

Sergio Fernando Moro defende a substituição do critério objetivo da LOAS, e a utilização do parâmetro da lei nº 9.533/97, menos restrito, o qual exige dos beneficiários renda mensal *per capita* de ½ salário mínimo. A nosso ver, utilizar o mesmo critério, apenas com valor superior não resolve o problema, apenas o adia. O próprio autor

³¹ OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e Direitos Humanos**. Curitiba: UFPR, 2003, p.61.

³² Informação obtida em PRUDENTE, Antônio Souza. Salário mínimo inconstitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 21, p.158.

reconhece a aplicação à sua proposta da mesma crítica feita ao critério vigente, porém sem a arguição da grande restrição.

No entender de Maselli, a substituição do critério legal pelo Judiciário não seria possível; o magistrado não poderia nem mesmo interpretar o conceito indeterminado. Só poderia fazê-lo se o constituinte não delegasse o poder de definir o conceito. Quando houver delegação, entende-se que a definição deve ser guiada por juízo político. Essa definição, entretanto, não está imune ao controle dos excessos pelo Judiciário. De qualquer forma, caberá sempre a este órgão zelar pelo o conteúdo mínimo do conceito impreciso, sendo este conteúdo apreendido do sistema social e jurídico, bem como do senso comum.

Gouvêa defende que, quanto ao benefício assistencial, a norma comete expressamente ao legislador a definição da forma de comprovação da pobreza do postulante do benefício. “Trata-se, assim, de um ato de integração, e não de interpretação, prevalecendo o juízo político dos órgãos investidos pelo sufrágio popular. Sem embargo, cabe ao Judiciário zelar para que o conteúdo mínimo juridicamente adequado deste preceito seja respeitado, inclusive afastando a restrição legislativa, nos casos em que esta se mostre excepcionalmente injusta.”³³ O conteúdo mínimo será determinado pelo mínimo existencial.

Cabe aqui uma ponderação: “[...] onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, fica em oposição àquela do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados pela última e não pela anterior.”³⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello traz interessante e contumaz posição sobre o tema, merecendo transcrição:

Nada obstante, se houvesse omissão legal ou do Executivo, caberia a qualquer trabalhador a quem fosse pago salário abaixo do indispensável para atendimento das necessidades normais, acionar seu empregador para que cumprisse o dever constitucional. E o *quantum* devido seria fixado pelo juiz da causa, que nisto exerceria uma função nada diferente da que lhe assiste em inúmeros casos em que, por dever do ofício, reconhece o alcance e a extensão de outros conceitos vagos e imprecisos. Assim, quando fixa o “preço justo” de uma indenização ou quando arbitra “quantia módica”, ou quando estabelece a cabível pensão alimentar “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”, ou quando verifica se alguém cuidou da coisa entregue em comodato “como se fosse sua”, o que está a fazer é pura e simplesmente determinar o conteúdo destas noções fluidas. [...] Supor que é o Legislativo, e só ele, o titular da dicção do critério sobre o que seja o salário mínimo – e não o Judiciário – implica proferir um absurdo jurídico incapaz de resistir a mais superficial análise. E muito pior seria atribuir

³³ GOUVÊA, ob. cit., p.42.

³⁴ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch** – The Supreme Court on the Bar of Politics. 2. ed. New Haven/ London: Yale University, s/d. Trecho de 78th *Federalist*.

ao Executivo exclusividade na inteligência de qual seria *in concreto* o salário mínimo cabível nas diferentes regiões do país. O intérprete das normas – quem diz a verdade jurídica – não é o Legislativo, nem o Executivo, mas o Judiciário. Ora, as disposições constitucionais são normas. Assim, o titular do poder jurídico de dizer sobre elas é, pois, o Judiciário. [...] Por tudo isto, é irrecusável o direito dos cidadãos a postularem jurisdicionalmente os direitos que decorrem das normas constitucionais reguladoras da Justiça Social.³⁵

Diante da locução “a quem dela necessitar”, atribuiu-se o significado “o beneficiário cuja renda familiar mensal *per capita* não supere ¼ do salário mínimo vigente”. Tal definição é abusiva, restringindo demais a amplitude que se pretendeu dar ao termo. Desse modo, o Judiciário pode afastar a restrição legislativa frente ao excesso de discricionariedade, argumentando que fere o conteúdo mínimo do conceito, e que o Judiciário pode atuar na concretização da norma. Existindo a necessidade social, o cidadão que não atende ao critério de acesso da LOAS pode reivindicar judicialmente a concessão do amparo social.

2. 3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA TEM PRIORIDADE

Falamos em prioridade porque as normas definidoras de direitos fundamentais são normas principiológicas e, como tal, não se aplicam na lógica do tudo ou nada. Os princípios, de acordo com Robert Alexy, são mandados de otimização, aplicáveis em diferentes graus porque naturalmente circunstanciados por fatores materiais e jurídicos. A aplicação das normas não será absoluta; elas podem sofrer (e sofrerão) restrições frente a um caso concreto. As normas, principalmente as constitucionais, mais abrangentes, devem comportar restrições, pois são incontornáveis certas circunstâncias fáticas e jurídicas.

Até agora só se investigou normas editadas. Entretanto, princípios metapositivos também interferem na aplicação das normas, o que torna necessária uma metodologia superadora da lei, com a formulação de conceitos-chave materiais.

Os conceitos-chave relacionam duas vocações do Estado, na concepção de Gouvêa: “a nova, ligada à realização e distribuição de bens da vida, e a antiga, do Estado que garante o *status quo* e a propriedade.”³⁶ Tais conceitos são a noção de mínimo

³⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57-58, p. 252-254.

³⁶ GOUVÊA, ob. cit., p. 123.

existencial, direito fundamental, prioridade, ponderação de interesses, reserva do possível e separação de poderes.

A utilização de argumentos, além de normas, possibilita que se construa o direito. “Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *infra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base.”³⁷

Na interpretação e aplicação do direito, não se deve atentar apenas para a norma. Valores sociais devem ser observados, mesmo que não positivados, porque o direito é mais do que lei. Esses valores são verdadeiros princípios sociais, que penetram no sistema jurídico na atividade de interpretar e aplicar o direito. A teoria dos direitos fundamentais, por exemplo, vai além da análise normativa.

A importância do método construtivo e do direito superador da norma para a questão dos direitos prestacionais evidencia-se, sobretudo, quando se tem em mente as críticas mais abstratas à sindicância destas situações jurídicas. Uma vez que os próprios óbices, neste caso, não se baseiam diretamente em dispositivos legais, mas em noções de conteúdo pouco preciso tais como os princípios democrático, da separação dos poderes e da legalidade, torna-se necessário recorrer a um ponto de vista metodológico igualmente amplo, que permita formular critérios para a discussão racional destas questões.³⁸

No encontro de vários princípios na solução de um caso concreto³⁹, o resultado a ser oferecido será fruto de ponderação, considerando todos os aspectos do problema. A dificuldade reside na impossibilidade de se traçar de modo objetivo uma ordem hierárquica de valores. É justamente por considerar valores e idéias complexas que o método da ponderação de princípios tem sua legitimidade contestada. A argumentação jurídica seria, para Alexy, uma ponderação.

O direito só tem significado se norma e realidade forem analisadas em seu “inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.”⁴⁰ Analisar apenas a realidade é ignorar a ordenação jurídica; analisar só a normatividade é perceber um discurso vazio. Afirma Konrad Hesse que as normas constitucionais não podem ser

³⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 502 e ss.

³⁸ GOUVÊA, ob. cit., p.197.

³⁹ Gouvêa alude à denominação *hard cases* para os problemas jurídicos insuscetíveis de subsunção singela à letra da lei, no qual incidem várias normas igualmente consideráveis, que serão ponderadas para chegar à melhor solução para o caso concreto.

⁴⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.13.

separadas da realidade social. “As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*).”⁴¹

Os direitos prestacionais condicionam-se pela disponibilidade de recursos (princípio da reserva do possível) e pelo princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária (que tem como pano de fundo o princípio da separação dos poderes). Assim, para solucionar a problemática da efetividade da prestação, será necessário ponderar os vários princípios que incidem sobre a hipótese. Veremos quando esses princípios serão restringidos e em que medida, em favor da proteção do direito ao benefício de prestação continuada, na condição de direito fundamental.

2.3.1 Porque compõe o mínimo existencial

Potyara Pereira examina os estudos de Doyal e Gough⁴², e conclui ser correto afirmar que os seres humanos, em qualquer tempo, lugar e cultura, têm necessidades básicas comuns⁴³, as quais ultrapassam a sobrevivência física.

As necessidades básicas, explica Pereira, são aquelas que, desatendidas, prejudicam seriamente a vida dos homens e sua atuação como sujeito. Seguindo Doyal e Gough, a autora defende a existência de dois conjuntos de necessidades básicas objetivas e universais cuja satisfação é imperiosa: a saúde física e a autonomia, esta entendida como a capacidade do indivíduo de eleger objetivos e crenças, valorá-los com discernimento e pô-los em prática sem opressões. Além da saúde física, a autonomia pressupõe saúde mental, habilidade cognitiva e oportunidade de participação.

Os meios que satisfazem as necessidades básicas são diversos⁴⁴. Doyal e Gough identificam alguns meios que, “em qualquer parte, podem contribuir para a melhoria da saúde física e da autonomia dos seres humanos, sejam eles quem for.”⁴⁵ São os denominados satisfadores universais. Mas as pessoas têm mais do que necessidades

⁴¹ Id. *ib.*, p.24.

⁴² Refere-se à obra DOYAL, Len e GOUGH, Ian. **A Theory of Human Need**. London: MacMillan, 1991.

⁴³ Pensamento presente também em Ana Paula de Barcellos, na medida em que defende um consenso quanto ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴ Potyara Pereira denomina esses meios de satisfadores ou *satisfiers*, expressões que utilizaremos no presente texto.

⁴⁵ PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000, p.75.

básicas. Necessidades locais ou de grupos particulares pedem também satisfadores específicos.

Aplicando esses conceitos ao benefício assistencial, evidenciamos ser um satisfador específico, por atender às necessidades especiais decorrentes da velhice e da deficiência. Mas também o amparo satisfaz as necessidades básicas universais de autonomia e saúde. Sem renda, o idoso ou o portador de deficiência não pode se alimentar, vestir-se, obter informações, ter moradia adequada, receber tratamento médico e adquirir medicamentos não oferecidos pelo Estado, nem formar uma consciência crítica ou desenvolver seu papel de ator social.

O atendimento das necessidades humanas básicas é pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro. A dignidade é atributo inerente a todas as pessoas pelo simples fato de existirem. É fácil descrevê-la com nomes vagos, ou mesmo dizer o que não é dignidade. “Na realidade, a dignidade da pessoa humana é um feixe semântico que vai se conteudizando ao longo dos séculos.”⁴⁶

Não existe um “direito à dignidade”, porque ela não pode ser criada ou concedida. Como apenas se pode proteger, reconhecer e respeitar a dignidade, há direito ao respeito da dignidade e à sua promoção; e a adoção da dignidade como objetivo do Estado e da própria sociedade, baliza para a interpretação das normas jurídicas e para a atuação estatal. Todavia, a dignidade não é apenas tarefa e limite para o poder público; como lembra Sarlet, também a comunidade em geral e cada uma das pessoas deve respeitar e promover a dignidade, sua e do próximo.

Sarlet refere que a análise da presença ou ausência de dignidade será precisa apenas para cada caso concreto. Apesar de fluida, a dignidade é real. Mesmo sem fórmula apriorística que defina o conteúdo da dignidade da pessoa humana, é possível reconhecer postulados que a ela se incorporaram.

Assim, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras), regras relativas aos transplantes de órgãos etc. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade. Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade

⁴⁶ GOUVÊA, ob. cit., p. 262.

social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à assegurar de uma existência com dignidade.⁴⁷

Ingo Sarlet afirma que a dignidade repousa na autonomia pessoal, que é a liberdade do ser humano em formar sua própria existência, desenvolvendo sua personalidade e sendo sujeito de direitos. Mesmo sabendo que a delimitação da dignidade acaba sendo tarefa dos órgãos estatais, Sarlet arrisca uma definição:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe agredir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴⁸

Para que se realize, diz José Afonso da Silva, a dignidade pede o atendimento de condições materiais mínimas para a existência humana. Sendo assim, não há dignidade onde há desigualdades sociais e onde as pessoas passam fome. “Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura”, pois a ‘liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade’⁴⁹.

De acordo com Sarlet, “Não deveria haver, por exemplo, qualquer resquício de dúvida no que concerne à importância do direito à saúde, à assistência e previdência social, à educação, tanto para o efetivo gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.”⁵⁰ Diante dessas considerações, Ana Paula de Barcellos afirma que há um consenso mínimo no que se refere à noção de dignidade.

Precisas as palavras de Canotilho:

todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um ‘núcleo básico de direitos sociais’ (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais originariamente

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 107-8.

⁴⁸ SARLET, O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: ..., p. 158-9, nota de rodapé nº 48.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149.

⁵⁰ SARLET, **A eficácia** ..., p. 116.

*derivados da constituição sempre que eles constituam o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.*⁵¹

“É obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais.”⁵²

Contudo, o Estado não pode resolver de uma só vez as mazelas sociais; por isso, os direitos prestacionais têm eficácia progressiva. O dever primordial dos poderes públicos é garantir um mínimo, ao menos, desses direitos. O cidadão pode desde logo recorrer ao Judiciário para garantir esse mínimo, definido na disputa processual, como quer Clève. A tutela do mínimo existencial decorre de um mínimo de eficácia que têm os direitos fundamentais sociais.

O mínimo social⁵³ surgiu com a tentativa da doutrina alemã de suprir a ausência de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. Mesmo os autores conservadores concordaram que o Estado deveria intervir a fim de garantir a existência do cidadão. Dürig formulou a seguinte frase: *Ohne Existenzminimum, man lebt nicht, man vegetiert.*⁵⁴

Na esteira dessa formulação, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu a existência de um direito fundamental subjetivo não-escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna. Os substratos para esse reconhecimento foram os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social, e os direitos à vida e à integridade física. O mínimo de meios para a subsistência era definido caso a caso. Leciona Andreas Krell, estudioso do direito alemão:

De qualquer modo, o referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse *mínimo*, no

⁵¹ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 470 (grifo nosso).

⁵² KRELL, ob. cit., p. 60.

⁵³ “Mínimo social” é a expressão utilizada pela Lei nº 8.742/93, a lei orgânica da assistência social; “mínimo existencial” é a locução corrente da doutrina brasileira. Neste texto serão empregados indistintamente ambos os termos.

⁵⁴ “Sem o mínimo existencial não se vive, vegeta-se.” MAUNZ; PAIM; HERZOG & SCHOLZ. **Grundgesetz Kommentar**. München: C. H. Beck, 1987, art. 1º, Rdnr. 43.

entanto, variará de país para país. A idéia do mínimo social se manifesta também nos diversos projetos de lei municipais a uma “renda mínima necessária à inserção da sociedade”.⁵⁵

Enquanto o direito brasileiro e o alemão preferem a expressão “mínimo existencial”, o direito americano alude a “direitos constitucionais mínimos”. A lei nº 8.742/93 introduziu na agenda política brasileira a provisão de mínimos sociais. Os mínimos sociais, expressão preferida por Pereira,

são geralmente definidos como *recursos mínimos*, destinados a pessoas incapazes de prover por meio de seu próprio trabalho a sua subsistência. Tais recursos assumem freqüentemente a forma de renda e de outros benefícios incidentes, setorialmente, sobre as áreas da saúde, da educação, da habitação, etc., ou sobre categorias particulares de beneficiários, como: idosos, pessoas portadoras de deficiência, pais solteiros (mãe ou pai), viúvas, etc. Seu financiamento advém, preponderantemente, de fonte orçamentária – e não de contribuições – e o seu funcionamento o mais das vezes prevê: obrigações recíprocas entre o beneficiário, o Estado e a sociedade; a inserção profissional e social; e contrapartidas.⁵⁶

Boa observação é feita por Pereira:

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem a conotação de *menor*, de *menos*, em sua acepção mais ínfima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social, o segundo não. O *básico* expressa algo *fundamental, principal, primordial*, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta. [...] Em outros termos, enquanto o *mínimo* nega o “ótimo” de atendimento, o *básico* é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao *ótimo*.⁵⁷

Semelhante é a postura de Gustavo Amaral, para quem graduar o mínimo seria um paradoxo; prefere, então, a averiguação da essencialidade da prestação.

Devemos considerar o ótimo, pois adotar a maximização seria “percorrer uma escala que partiria do péssimo e passaria pelo sofrível, o bom, e o muito bom, até atingir o ótimo.”⁵⁸ Alguém em péssima situação não merece passar por um nível sofrível. A satisfação otimizada das necessidades sociais, “[...] a partir da garantia das condições básicas como exigência fundamental para essa otimização, constitui o cerne de todas as justificações das políticas sociais públicas, incluindo assistência, e a meta a ser

⁵⁵ KRELL, ob. cit., p. 63.

⁵⁶ PEREIRA, **Necessidades Humanas: ...**, p.16, nota de rodapé 3.

⁵⁷ Id. Ib., p.26-7.

⁵⁸ Id. Ib., p. 30.

alcançada e defendida por todos aqueles que acreditam que a condição de vida dos pobres deve ser crescentemente melhorada.”⁵⁹

Nos países em desenvolvimento, Ricardo Lobo Torres reconhece que os direitos fundamentais e o mínimo existencial tendem a ter grande extensão, devido à imprescindível proteção estatal à sobrevivência dos miseráveis.

A pertença de um direito ao que se denomina de mínimo existencial faz com que ele seja exigível sempre. “Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade. [...] Veja-se que quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida.”⁶⁰

O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.⁶¹

O direito ao benefício de prestação continuada, tal como previsto na Constituição, pertence ao mínimo existencial? A importância dessa averiguação está no fato de que, sendo positiva a resposta, quem precisa do benefício poderá pleiteá-lo, independentemente do que diz a lei que regulamentou o direito.

Sobre o que seja o mínimo existencial, explica Marcos Maselli Gouvêa:

Consiste o **mínimo existencial** de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos (os vinculados ao mínimo existencial) assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.⁶²

Gouvêa concorda que não há uma fórmula capaz de definir com precisão o âmbito do mínimo existencial amparável judicialmente. Quanto a isso, Gouvêa já prevê críticas: “A relativa imprecisão do mínimo existencial como parâmetro para a tutela judicial das prestações estatais positivas é equiparada, por alguns autores, a ‘nenhuma pauta’, a

⁵⁹ Id. ib., p.35.

⁶⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.215-216.

⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 8, ano II, p. 160, jul.-set. 2003.

⁶² GOUVÊA, ob. cit., p.257.

'nenhum critério'.⁶³ Cabe ao magistrado reconhecer a fundamentalidade do mínimo existencial nos moldes do pensamento construtivo, tendo como alicerces a doutrina, a jurisprudência, e outros ramos do conhecimento.

Se a determinação do conteúdo do mínimo existencial pode ser controversa, frise-se que não pode ser livre.

Quando o mínimo existencial é compreendido apenas como um mínimo *vital* (abrangendo as condições para a mera sobrevivência, como alimentação mínima, alguns cuidados médicos e abrigo), certamente o problema é minorado, já que se passa a ter um critério objetivo de fixação de seu espectro. Entrementes, a teoria dos direitos fundamentais não almeja apenas a sobrevivência, mas sim a existência condigna. A noção de **dignidade da pessoa humana** exsurge, assim, como um critério (sem dúvida não tão unívoco quanto o da sobrevivência) de definição do âmbito de prestações jusfundamentais.⁶⁴

O mínimo existencial é, assim, o núcleo material do princípio da dignidade, e “corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual”⁶⁵.

Ana Paula de Barcellos entende que o mínimo existencial é a fração nuclear do princípio da dignidade humana, correspondendo às condições materiais básicas para a existência. O núcleo se impõe como uma regra, em vista do que se deve reconhecer eficácia positiva⁶⁶. A área periférica do princípio da dignidade da pessoa humana, na concepção da autora, tem realmente natureza principiológica, sendo espaço próprio da política e das deliberações majoritárias. O direito subjetivo de exigir judicialmente a realização dos efeitos imediata e concretamente existe, portanto, apenas em relação ao núcleo da dignidade. O mínimo existencial é o que pode ser exigido judicialmente tendo por base a dignidade da pessoa humana.

Barcellos, interpretando a teoria de Alexy, afirma que o mínimo existencial é “resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, de um lado, e, de outro, das noções de separação dos poderes (inclusive a

⁶³ GOUVÊA, ob. cit., p. 265.

⁶⁴ Id. ib., p. 261.

⁶⁵ BARCELLOS. **A Eficácia Jurídica ...**, p. 197.

⁶⁶ A modalidade simétrica ou positiva de eficácia é a padrão. “A expressão ‘simétrica’ pretende identificar a situação de identidade, simetria, entre o conteúdo da eficácia jurídica – isto é: aquilo que se pode exigir judicialmente – e os efeitos pretendidos pela norma.” (BARCELLOS. **A Eficácia Jurídica ...**, p. 61, nota de rodapé n. 105) Cria-se um “direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam.” (BARCELLOS. **A Eficácia Jurídica ...**, p. 62)

competência para vinculação orçamentária) e de competência do legislador democrático, bem como do limite imposto pelos direitos de terceiros.”⁶⁷

Ricardo Torres reitera que o mínimo existencial decorre da Declaração dos Direitos do Homem, e de princípios como a igualdade, o respeito à dignidade da pessoa humana e a configuração de Estado Social de Direito. Para Torres, o mínimo engloba qualquer direito, considerado em sua dimensão essencial e inalienável, e relaciona-se com a questão da pobreza, a qual também é uma noção bastante variável no tempo e no espaço. Engloba as condições sem as quais não é possível exercer os direitos de liberdade. Cláudio Pereira de Souza Neto concorda, e também utiliza como critério para estabelecer a esfera do mínimo existencial as condições essenciais à autonomia privada. Para esse autor, optar pelo critério da dignidade seria fugir do mínimo existencial e adentrar o campo da existência digna.

Barcellos e Barroso afirmam, em relação ao mínimo existencial, que “há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.”⁶⁸

Em texto individual, Barcellos ensina que o mínimo existencial compõe-se de quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados (elementos materiais) e o acesso à justiça (elemento instrumental).

O conteúdo é impreciso, mas a conclusão é certa: se o direito compõe o mínimo existencial, é obrigatória sua salvaguarda pelo Estado, tanto em sentido negativo quanto em sentido positivo. Seja qual for a concepção de mínimo existencial adotada, em todas é aparente a garantia de uma renda mínima, de recursos mínimos, de assistência aos desamparados, cujo “conteúdo é dado pelas condições mais elementares que se exigem para a subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo.”⁶⁹

O direito ao benefício assistencial compõe o mínimo existencial, pois sem ele não há condições de vida digna nem de liberdade. Não existe liberdade quando o indivíduo está aprisionado em uma existência miserável. O benefício torna-se o rendimento mínimo para aqueles que não podem trabalhar. O Estado entrega numerário diretamente ao desamparado, para que possa comer, vestir-se e abrigar-se. Embora seja medida pontual, Barcellos enfatiza que a prestação pode ser “o recurso último para impedir que alguém

⁶⁷ Id. *Ib.*, p. 121.

⁶⁸ BARCELLOS & BARROSO. *Ob. cit.*, p. 77.

⁶⁹ BARCELLOS, **A Eficácia Jurídica ...**, p. 289.

ultrapasse a linha da miséria absoluta e da indignidade.”⁷⁰ O benefício satisfaz necessidades humanas básicas.

Afirmamos que os direitos integrantes do núcleo material da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, devem ser prontamente satisfeitos, ainda que por ordem judicial. O efeito do debate, portanto, é a aplicabilidade do direito. A teoria do mínimo existencial

leva à conclusão de que, mesmo que a norma não possua todos os elementos formais para a atribuição de sua plena eficácia [...], e independentemente de aferição de disponibilidade orçamentária, cabe ao Judiciário, dentro dos limites do mínimo existencial, concretizá-la, já que estão presentes todos os elementos materiais necessários para tanto. Assim, se, por um lado, a teoria limita a normatividade dos direitos sociais situados na periferia da esfera do mínimo existencial, por outro lado, incrementa ao máximo a normatividade dos que estão nela contidos, podendo estes ser considerados direitos materialmente fundamentais.⁷¹

O Judiciário deve garantir os direitos básicos dos indivíduos, porque é campo que não admite deliberação política. O mínimo existencial é o núcleo intangível dos direitos sociais. Para Barroso, o Judiciário pode impor o cumprimento do padrão mínimo, o que não acontece por motivos ideológicos. Sarlet concorda que na negação de prestação de serviços sociais básicos pelo Estado não convence o argumento da incompetência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos escassos recursos públicos.

Lembrando que as satisfações deve ser otimizadas, no sentido de alcançar o grau mais elevado do valor (a maior expectativa de vida, por exemplo) e operar a maior redução possível da incidência de um desvalor (doença ou morte, por exemplo), deve-se alcançar o máximo no combate à pobreza ou indigência através do benefício de prestação continuada. Discursa Pereira que

o combate às iniquidades sociais, mais do que um ato de eficácia administrativa, constitui uma *responsabilidade moral* que nenhum governo sério deve abdicar. Contra o egoísmo imoral de se tirar proveito da fome, da miséria, da ignorância, e da falta de perspectivas de milhares de pessoas, deve prevalecer o sentimento de que é moralmente condenável não se fazer de *tudo* para sanar essas calamidades sociais.⁷²

⁷⁰ Id. *ib.*, p. 186.

⁷¹ SOUZA NETO, *ob. cit.*, p. 40.

⁷² PEREIRA, **Necessidades Humanas: ...**, p. 187.

Interessante a lição de Frederick Hayek⁷³: contribuir para minimizar o infortúnio pode ser do interesse de todos, pois nunca se sabe o dia de amanhã.

2.3.2 Porque é direito fundamental

Este tópico “dedica-se a analisar a importância dos direitos fundamentais para a efetivação das prestações positivas devidas pelo Estado. Para tanto, procura discernir as possibilidades argumentativas latentes nesta teoria, enfatizando em particular a qualificação dos direitos fundamentais como direitos prioritários.”⁷⁴

Existe controvérsia na doutrina acerca da atribuição do *status* jusfundamental aos direitos sociais. Ressaltamos nossa posição de defesa do caráter fundamental dos direitos sociais. A partir do momento em que foram alocados no Título II da Constituição Federal de 1988, sob o manto “Dos direitos e garantias fundamentais”, não há dúvida da verdadeira fundamentalidade de tais direitos.

Marcos Maselli Gouvêa insurge-se contra esse argumento “simplório” da topografia normativa. Para o autor,

A Constituição, portanto, pode prever quaisquer direitos, mesmo inessenciais. No entanto, é de vital importância ressaltar que o caráter de jusfundamental de uma posição jurídica deriva de uma consideração teórica transcendental e não da **decisão política** do constituinte ou de quem quer que seja, e que portanto os direitos instituídos (e não “reconhecidos”) pela Constituição, de caráter inessencial, não serão direitos fundamentais.⁷⁵

Quem retira a qualidade de fundamentais dos direitos sociais o faz por acreditar que são direitos que dependem integralmente do legislador, da situação econômica do país e das políticas públicas. Tal pensamento encontra apoio em Vieira de Andrade: “Só uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjetivos, mas, então, não valem como direitos fundamentais, mas enquanto direitos concedidos por lei.”⁷⁶

⁷³ HAYEK, Frederick. **A Miragem da Justiça Social**. São Paulo: Visão/ Universidade de Brasília, 1985.

⁷⁴ GOUVÊA, ob. cit., p. 214-5.

⁷⁵ Id. ib., p.227, nota de rodapé nº 365.

⁷⁶ ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 209.

Explica Ricardo Lobo Torres que os direitos sociais são meros programas, diretivas ou orientações para o legislador, sem gerarem por si sós pretensão a prestações positivas do Estado. Com uma ressalva: os direitos sociais serão fundamentais no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. Torres adverte que estender a jusfundamentalidade acarretaria a vulgarização do conceito; se todos os direitos estivessem amparados pela característica da fundamentalidade, perderia função a cidadania, pois não haveria pelo que reivindicar.

Mesmo os autores que refutam o caráter fundamental dos direitos sociais entendem que o mínimo existencial é um direito fundamental. O é não por si mesmo e nem por vinculação à justiça social, e sim porque assegura a fruição dos direitos liberais. Alexy remete a um dizer do Tribunal Constitucional Federal alemão: “o direito de liberdade não teria nenhum valor sem os pressupostos fáticos para poder-se fazer uso dele.”⁷⁷ Cláudio Pereira de Souza Neto evidencia esta tendência de atribuir fundamentalidade aos direitos sociais com base em argumentos materiais, como o conceito de mínimo existencial. É o caso de Gouvêa, para quem os direitos sociais só serão fundamentais no que integrarem o mínimo existencial.

Para Souza Neto, “Serão considerados fundamentais não só os direitos sociais que são condições da liberdade, mas também aqueles que representam condições procedimentais da democracia.”⁷⁸ Aí estaria um espaço para incluir mais alguns direitos sociais na fundamentalidade.

O direito à assistência é necessário para que o excluído da sociedade por carência de recursos possa, depois de receber apoio estatal, participar ativamente das deliberações do Estado, expressando autonomamente a sua convicção. Sendo condição procedimental da democracia, o direito à assistência é fundamental, para Sergio Moro. Logo, não se trata de privilégio nem de caridade⁷⁹, marcas da assistência social antes de 1988. Quando o Judiciário concretiza os direitos sociais, possibilita que a maioria delibere

⁷⁷ ALEXY, ob. cit., p. 487.

⁷⁸ SOUZA NETO, ob. cit., p. 42.

⁷⁹ Exemplo da noção de assistência social como favor, que vigorava até 1988, está em GAMA, Aiman Guerra Nogueira da. Previdência social: rumo à “segurança social”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 127 e ss, out.-dez. 1966. Cite-se um trecho: “A política social resulta de atos e fatos com que os homens e os governos procuram resolver os graves problemas sociais oriundos da miséria, do infortúnio, da insegurança do futuro, do pauperismo, visando a implantação de melhores condições de vida para os povos. *As razões que inspiram e impõem a adoção de medidas com êsse escôpo são as mais variadas: sentimento de solidariedade humana, de caridade, de compaixão e de religião.* É de crescer, ainda, outro objetivo: o de manter a própria estabilidade política.” (grifo nosso)

melhor, pois inclui, como bem lembrado por Souza Neto, um maior contingente no processo deliberativo democrático.

Certo que dependem dos recursos públicos, e de vontade política, mas os direitos sociais estão na Constituição. O que não deriva de lei, não depende totalmente do legislador. Com isso, não se defende a aplicação imutável e absoluta das normas. O que se afirma é, com Celso Antonio Bandeira de Mello, que: “todas as normas constitucionais concernentes à justiça social” geram direitos que “são verdadeiros direitos subjetivos na acepção mais comum da palavra”⁸⁰.

Caem, desta feita, todos os argumentos que negam fundamentalidade aos direitos sociais e lição de Ingo Sarlet encerra o debate: a fundamentalidade material de um direito pode ser conferida com o critério da indispensabilidade desse direito para a existência humana digna, no reconhecimento e proteção de valores e bens essenciais aos seres humanos. Sob o ponto de vista formal, o que faz um direito ser fundamental, para Sarlet, é sua indisponibilidade pelos poderes constituídos, sendo norma assentada em Constituição formal, ou não. Evidente, pois, que o direito ao benefício de prestação continuada (direito social) é fundamental, seja pela transcendentalidade de seu conteúdo, pela sua importância social ou pela sua localização na Constituição. Seja pelo caminho da fundamentalidade (1) dos direitos sociais, ou (2) apenas do mínimo existencial e das condições de procedibilidade para a democracia, o direito ao amparo assistencial é direito fundamental.

Ricardo Lobo Torres afirma que a importância de uma categoria reside nas suas consequências. Vejamos, então, o que significa ser um direito fundamental.

O direito fundamental pré-existe (no sentido lógico-normativo, não cronológico) à ordem positiva, ou seja, a lei não o cria, apenas o reconhece. Assim, mesmo não reconhecido ordinariamente, o direito fundamental deve ser observado e, se necessário, ser concretizado judicialmente. Esse aspecto ficou claro quando se afirmou a possibilidade de exigir a concessão do benefício com base na norma constitucional.

O direito fundamental é imprescritível, não se extingue pelo não-uso; é também indisponível. Os direitos fundamentais são, ainda, oponíveis *erga omnes*: “a todos

⁸⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 225, 1981.

(Estado, empresas, sociedade organizada, indivíduos) se atribui o dever jurídico de observá-los.”⁸¹

Um outro atributo que se reconhece a um direito fundamental é a auto-aplicação e eficácia plena, uma posição normativa privilegiada que deriva da pré-existência. Expomos anteriormente que aos direitos fundamentais se aplica o princípio contido no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal. Os operadores que negam o caráter jusfundamental dos direitos prescricionais o fazem também com o discurso da falta de auto-aplicabilidade desses direitos, pelo fato de dependerem de posterior regulamentação normativa ou de recursos financeiros. Gouvêa soluciona a questão:

embora não seja possível aplicar automaticamente o dispositivo em questão em sua máxima amplitude, deve-se sempre procurar reconhecer um conteúdo mínimo, não lingüístico, mas jurídico. A chave para a definição deste conteúdo mínimo é, precisamente, a noção de direito fundamental. Na medida em que a opinião pública, a comunidade jurídica, e, por vezes, até o próprio Estado Administração, em documentos seus, reconhecem a essencialidade de uma determinada prestação [...], torna-se injustificável a não-concessão desta prestação sob o argumento da falta de clareza do diploma legal.⁸²

Por fim, o direito fundamental é absoluto, no sentido de que se uma lei o restringir, deverá fazê-lo de forma específica e proporcional, sem atingir o conteúdo essencial do direito. A característica não significa a impossibilidade de restrições na aplicação para um caso concreto. O que se defende é a preservação do conteúdo mínimo do direito. Diante disso conclui Maselli que “As normas (expressas ou implícitas) definidoras de direitos fundamentais são, portanto, **mandados jurídicos vinculantes *prima facie***, que instituem um direito subjetivo suscetível de restrições e sua aplicação, em função dos fatores financeiros e jurídicos contrapostos.”⁸³ Para Alexy, toda norma jusfundamental que reconhece situações prestacionais deve ser compreendida como norma-princípio, norma *prima facie*, sujeita a graduação em sua concretização por meio da ponderação com princípios contrapostos e obstáculos fáticos, como a reserva do possível. Assim, a extensão de um direito prestacional é o resultado de ponderações. Os direitos ligados ao mínimo existencial são mandados definitivos, por serem núcleos essenciais de direito fundamental. O núcleo essencial é então direito subjetivo, e sua garantia pode ser reivindicada judicialmente.

⁸¹ GOUVÊA, ob. cit., p. 245-6.

⁸² Id. ib., p.247.

⁸³ Id. ib., p. 118.

Gouvêa defende que a restrição a um direito fundamental somente será admissível no momento de sua concretização, quando o direito colidir com outros interesses igualmente fundamentais ou em situação de completa falta de recursos; resumindo, em situações absolutamente excepcionais.

O caráter absoluto do núcleo de direito fundamental é um postulado jurídico e, nesta condição, sujeita-se a restrições lógicas e fáticas inafastáveis, como são a colidência com normas de igual hierarquia e a reserva do possível fática. Nenhuma regra jurídica [...] é *absoluta* no sentido de que pode se impor mesmo em face de obstáculos fáticos lógicos excepcionais. Quando se sustenta o caráter absoluto do núcleo dos direitos fundamentais, isto significa que nenhum dispositivo jurídico ou competência pode cerceá-lo.⁸⁴

A mesma constatação está presente no texto de Sergio Fernando Moro:

Atribuir a um direito o caráter de 'fundamental', em primeiro lugar, imuniza-o contra a política ordinária, retirando-lhe da esfera de disponibilidade do legislador. Embora ainda sejam admissíveis certas restrições legislativas a direitos da espécie, estas devem perseguir finalidades constitucionais ou pelo menos admitidas pela Constituição e devem resguardar o núcleo essencial do direito fundamental e passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade.⁸⁵

"A compatibilização entre, de um lado, a auto-aplicabilidade, a preexistência e a inalienabilidade dos direitos fundamentais e, de outro, a inafastabilidade da restrição pela ausência de recursos econômicos resolve-se num atributo do qual a doutrina jusfundamentalista cuida apenas tangencialmente: a **prioridade**."⁸⁶ A prioridade é determinada pelas possibilidades econômicas da sociedade, por aspectos morais, históricos, lógicos, e psicológicos.

Portanto, o que resta da auto-aplicabilidade, quando cotejada com o condicionamento representado pela reserva do possível, é o predicado de prioridade. Assim, quando a Administração deixa de realizar determinado direito, mas efetua outras prestações, torna-se possível cotejar estas alocações de recursos, de modo a aferir se há título de prioridade em favor da prestação que se deixou de realizar.⁸⁷

Gozará o benefício de prestação continuada de prioridade, sabendo-se que é componente do mínimo existencial? Para Gouvêa, essa não seria nem questão de justiça política.

⁸⁴ Id. Ib., p.248-9.

⁸⁵ MORO, Sergio Fernando. Restrição Legal ao Direito Fundamental ao Benefício da Assistência Social. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 14, n. 458, p. 22, jan. 2002.

⁸⁶ GOUVÊA, ob. cit., p.249.

⁸⁷ Id. Ib., p.249-250.

A prioridade do mínimo existencial impõe-se não só por sua precedência deontológica, em relação a outras prestações do Estado, resíduo possível da auto-aplicabilidade característica dos direitos fundamentais, mas por uma questão de ordem prática, propriamente temporal. O mínimo existencial, quando indispensável para a sobrevivência física do indivíduo, reveste-se normalmente de urgência, já que a prestação tardia pode acarretar a morte da pessoa.⁸⁸

Sobre a importância da teoria dos direitos fundamentais para os direitos prestacionais, manifesta-se Gouvêa:

A teoria dos direitos fundamentais pode ser entendida como um encadeamento jurídico especial, cujo fundamento deontológico repousa na admissão de que certos direitos são inerentes ao ser humano enquanto tal, devendo conservar-se, por isso, à margem de qualquer possibilidade de supressão. Ao redor desta idéia-reguladora, paulatinamente vai-se constituindo um aglomerado de assertivas (por exemplo, a de que pretensões às condições mínimas de existência condigna também encontram-se amparadas pelo conceito, e não apenas a garantia negativa da vida e da liberdade; a de que alguns desses direitos podem ser restringidos em situações excepcionais, etc.), que a conteudizam.⁸⁹

A teoria dos direitos fundamentais oferece racionalidade para a indeclinável consideração de fatores substanciais na aplicação e interpretação do direito.

2.3.3 Em conflito com o princípio da reserva do possível

De início, cabe a lição de Ana Paula de Barcellos:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.⁹⁰

Frente à globalização, reflete Ingo Sarlet sobre a perda, para o mercado, do papel de instância privilegiada de decisão que tem a política. Assim, fica difícil assegurar com eficiência os direitos fundamentais. A afirmação de Máspero vem a calhar nesse

⁸⁸ Id. *ib.*, p. 250.

⁸⁹ Id. *ib.*, p. 239-240.

⁹⁰ BARCELLOS, **A Eficácia Jurídica ...**, p. 236-7.

panorama: “tudo o que se investe no social, no ser humano, parece ser um gasto não rentável, [...]”.⁹¹

Igual preocupação assola Faria: “À medida que o processo decisório vai sendo descentralizado, desterritorializado e transnacionalizado, as decisões políticas tornam-se condicionadas por equilíbrios macro-econômicos que representam, mais do que um mero indicador, um verdadeiro princípio normativo responsável pela fixação de rigorosos limites às intervenções reguladoras dos Estados nacionais.”⁹²

Também considerando a ordem econômica, Canotilho⁹³ afirma que o volume de recursos públicos é um limite fático à efetivação dos direitos a prestações positivas. Certo é que ao falarmos em implementação de direitos prestacionais, há que se atentar para os recursos públicos. Isso não significa, para Gustavo Amaral, que os economicistas operarão o direito, por meio da relação custo-benefício.

Levar o custo dos direitos em conta é então se portar como um *administrador prudente*, que se indaga sobre como alocar inteligentemente recursos limitados, levando em conta o amplo espectro de bens e utilidades públicas. Os direitos assegurados em lei têm ‘custos de oportunidade’; quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos.⁹⁴

Ainda Amaral:

Pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as conseqüências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá [...] e, ainda, desequilíbrio entre as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias e, ainda, com anseios difusos, voltados para um estado de equilíbrio social, incompatível com a total desestabilização das finanças públicas.⁹⁵

⁹¹ MÁSPERO, E. Neoliberalismo y derechos humanos. **Informativo Laboral CDE**, n. 94, p. 22, out. 1994.

⁹² FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. *In*: FARIA, José Eduardo [org.]. **Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 142.

⁹³ em CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

⁹⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Co., 1999, p. 223-224, tradução livre de Gustavo Amaral.

⁹⁵ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. *In*: TORRES, Ricardo Lobo [org.]. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.117.

A conformação econômica do benefício de prestação continuada fica clara quando se calcula o menor valor da cesta básica regional, o menor custo da moradia na região, etc., e na formulação de linhas de pobreza regionalizadas, visto haver diferença de padrões de consumo e preços entre as regiões brasileiras. Ainda, o fato de o benefício se apoiar no salário mínimo revela que se procurou o menor impacto orçamentário possível. Assim, tendo já passado pelo crivo da razoabilidade, sustentamos que qual for o orçamento, um mínimo necessário à sobrevivência digna pode sempre ser garantido. O mínimo existencial também é atingido pela escassez, não obstante não possa ser negado com base na falta de recursos.

Um bem é escasso quando não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez é própria da essência das coisas. Não sendo possível atender todos, o que ou quem atender? As várias argumentações sobre como devem ser alocados os recursos são denominadas, por Amaral, princípios de justiça distributiva. Há uma gama de métodos para decidir a alocação de recursos. Isso se deve à “complexidade moral de ostensividade (em) negar a alguém um recurso que lhe é vital”⁹⁶, motivo pelo qual se procura um critério neutro ou mesmo escolher nada escolher. Conclui Amaral que as decisões tendem a ser políticas e locais.

Político e local é o orçamento, primeira forma de alocar recursos escassos. O orçamento público, para Ricardo Lobo Torres, é “o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.”⁹⁷ A composição dos orçamentos públicos e a decisão sobre a aplicação dos recursos são tarefas do Legislativo e do Executivo.

Bastante comum no Brasil é a falta de efetividade dada aos direitos prestacionais utilizando o princípio da reserva do possível, teoria nascida na Alemanha. Andréas Krell explica muito bem o que significava a argumentação da reserva do possível quando surgiu no direito alemão:

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade’. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos.

⁹⁶ AMARAL, **Direito, Escassez & Escolha**: ..., p.171.

⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multifuncional da Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo [org.]. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. TORRES, cidadania, p. 278.

Alguns autores brasileiros acataram a argumentação da “reserva do possível” negando de maneira categórica a competência dos juízes (“não legitimados pelo voto”) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.⁹⁸

A transmutação da teoria da reserva do possível (*Vorberhalt des Möglichen*) para o Brasil foi equivocada, como mostra Krell. “Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente *excluídos*.”⁹⁹ Defende Alexy que é justamente em tempos de crise econômica que “*parece indispensable uma protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea.*”¹⁰⁰

A reserva do possível (nas duas dimensões analisadas por Marcos Maselli Gouvêa) tem servido de obstáculo à sindicalização de prestações estatais positivas. Na dimensão fática, significa a consideração do princípio igualitário: “Certas prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, [...]”¹⁰¹ A imposição de escolhas dramáticas traz a necessidade de definir prioridades no atendimento dos direitos, o que será feito por autoridades eleitas. Na dimensão jurídica, a reserva do possível significa que o Judiciário não pode interferir no orçamento, ainda que haja recursos disponíveis para atender a uma prestação sem prejuízo às demais.

Contudo, a alegação de insuficiência orçamentária para desobrigar a implantação de programa social não cabe frente ao dever estatal de observar o mandamento constitucional. Diante da escassez de recursos, deve-se agir com responsabilidade. Justamente por isso é que o benefício de prestação continuada merece ser protegido em qualquer orçamento. Sarlet sublinha que “[...] o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transforma-se em meta indispensável a qualquer ordem estatal que tenha a

⁹⁸ KRELL, ob. cit., p. 52.

⁹⁹ Id. lb., p.108.

¹⁰⁰ ALEXY, ob. cit., p.496.

¹⁰¹ GOUVÊA, ob. cit., p.19.

pretensão de ostentar o título de legítima e, por via de consequência, genuinamente democrática.”¹⁰²

Sergio Fernando Moro lança mão do princípio da razoabilidade: a prioridade é economizar o dinheiro público ou propiciar vida digna aos milhões de brasileiros? “Não se afigura razoável restringir os gastos públicos exatamente com aqueles mais vulneráveis. Ao contrário, o que se reclama é a melhor focalização dos gastos públicos, inclusive dos de cunho social, com os mais necessitados.”¹⁰³ O autor sugere a reorganização dos gastos públicos, enfatizando o panorama social.

Luis Roberto Barroso lembra a importância da cidadania participativa para a efetividade da Constituição. Na medida em que se administram recursos escassos na atuação dos poderes estatais, a pressão da sociedade civil se torna decisiva na eleição das prioridades orçamentárias.

A consideração dos direitos como poderes individuais derivados da qualidade de membro de uma comunidade política, e como investimentos seletivos de recursos coletivos escassos, com o objetivo de alcançar fins comuns e resolver problemas considerados como urgentes, é uma visão realista, como defende Gustavo Amaral, com base em Holmes e Sunstein.

*No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility. [...] Public finances is an ethical science because it force us to provide a public accounting for the sacrifices that we, as a community, decide to make, to explain what we are willing to relinquish in pursuit of our more important aims.*¹⁰⁴

Por essa noção, tem-se que a pobreza é um problema tido ordinariamente como urgente, e o benefício de prestação continuada é um modo de minimizar a indigência. A sociedade concordou em destinar recursos aos pobres, como pode ser constatado na Constituição Federal, tanto em seu preâmbulo e em seus primeiros artigos como no restante da normatividade.

O paradoxo é apresentado por Sarlet: os juízes não se negam a conceder uma ordem de *habeas corpus* com base no argumento de que o Estado não dispõe de

¹⁰² SARLET, O Direito Fundamental à Moradia ..., p. 189.

¹⁰³ MORO, Sergio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado da [org.]. **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 157.

¹⁰⁴ HOLMES; SUNSTEIN, *The Cost of Rights: ...*, p. 97.

recursos suficientes para garantir o direito à liberdade. Entrementes, esse é o lugar comum quando se trata dos direitos prestacionais. Silvio Dobrowolski comprova: “Enquanto instrumentos processuais refinados tutelam a propriedade e a liberdade – principalmente em favor dos estratos sociais mais aquinhoados –, problemas de alimentação, moradia, saúde e educação dos menos favorecidos restam sem solução, descumpridas as promessas consignadas nos direitos sociais.”¹⁰⁵

Quando usada para retirar a efetividade dos direitos sociais, a reserva do possível não se sustenta, sendo puro manejo político. Com razão Andreas Krell afirma que se os direitos sociais dependessem do fato de estarem cheios os cofres públicos, eles nunca teriam efetividade. Eles dependem, isso sim, de vontade política. Não estamos falando de esmola ou caridade, mas de direitos fundamentais. Não queremos o impossível; queremos apenas que os direitos sociais sejam levados a sério!

Elio Gaspari¹⁰⁶ reconhece de forma ácida que a lei só é cumprida para os pobres, pois as empresas sonegadas de impostos ganham, por exemplo, medida provisória que lhes permite escalonar as dívidas pela taxa de juros de 12% ao ano. A falta de vontade de constituição, vontade esta tão preconizada por Konrad Hesse, revela-se, por exemplo, no fato de que o Ministério das Cidades tem R\$ 427 milhões para investir no Programa de Habitação de Interesse Social. Dessa soma, apenas R\$ 36 milhões foram empregados. No mesmo passo, dos R\$ 6,3 milhões dotados para o programa de restaurantes populares, nada foi utilizado¹⁰⁷. Existem recursos para serem aplicados na área da assistência social, mas eles são desviados. “Em Santo Antônio Lopes, no Maranhão, os R\$ 386 mil repassados pelos Ministérios do Meio Ambiente e da Integração Nacional para construção de 13 açudes foram integralmente gastos enquanto as obras, apenas iniciadas.”¹⁰⁸ Cabe alegar seriamente a reserva do possível?

Quem decide o que é possível fazer frente à escassez de recursos? Essa é justamente a questão a ser analisada, propõe Krell. Para Böckenforde,

¹⁰⁵ DOBROWOLSKI, Silvio. O Poder Judiciário e a Constituição. **Revista Sequência**. Estudos Jurídicos e Políticos do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, n. 35, p.33.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, ob. cit., p.65, sobre GASPARI, Elio. Aos sonegadores, juros chapa branca. Aos Lemes, a lei. **O Globo**, Rio de Janeiro, 19 dez. 1999, p. 12.

¹⁰⁷ Dados da **Revista Veja**, n. 28, ano 37, ed. 1862, p. 32, 14. jul. 2004.

¹⁰⁸ Falta de controle dos gastos prejudica investimentos sociais. **Gazeta do Povo**. Curitiba, p. 17, 25.07.04.

Las inevitables decisiones sobre prioridades, sobre el empleo y distribución de los medios financieros estatales disponibles, motivado por la escasez de recursos, pasan de ser una cuestión de discrecionalidad política a una cuestión de observancia de los derechos fundamentales, más exactamente: de concurrencia y conflicto de derechos fundamentales; con ello si convierten, formalmente, en una cuestión de interpretación de los derechos fundamentales. Siendo consecuentes, la competencia para adoptar-las se desplaza del Parlamento, o, en su caso, del Gobierno como detentador de la competencia presupuestaria, a los Tribunales, y, en última instancia al Tribunal Constitucional Federal. La consecuencia sería una juridificación de las disputas políticas, unida a un desplazamiento de la competencia de importantes dimensiones en favor del Tercer poder.¹⁰⁹

Está o juiz autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio de decisão, os recursos da peça orçamentária?

Cabe ao Judiciário o papel ativo na realização dos fins sociais das políticas públicas, corrigindo a prestação dos serviços básicos, se Legislativo e Executivo falharem. O orçamento é lei que vincula, e não mero ato autorizativo; portanto, sua execução pode ser controlada, ainda que não haja uma obrigação legal, como nota Krell, de investir no setor social¹¹⁰. Segundo Clèmerson Merlin Clève, é perceptível que ao invés de nosso país redistribuir as riquezas, está concentrando-as, e que os gastos com os direitos sociais são ínfimos. Torna-se necessária, nesse contexto, a adoção de um novo plano que adote como prioridade a realização dos direitos fundamentais, e não os interesses do mercado financeiro.

Quando mais de um direito **essencial** demanda o emprego de recursos públicos escassos, e não podem ser simultaneamente realizados, qual atender? Nessa situação, surge o que Amaral denomina de escolha dramática. “Será ela (a decisão, a escolha), pois, meramente relativa e circunstancial, muito embora possa significar a vida ou a morte de alguém.”¹¹¹ Assim, não basta o direito estar na lei para ter a certeza da sua realização.

Será o direito ao benefício de prestação continuada essencial? Responde Alexy: “Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca o núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos,

¹⁰⁹ AMARAL, **Direito, Escassez & Escolha**: ..., p.64.

¹¹⁰ A emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, assegura recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

¹¹¹ AMARAL, **Direito, Escassez & Escolha**: ..., p.83.

senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial.”¹¹²

Evidente a fundamentalidade do interesse juridicamente protegido pela norma que garante o benefício de um salário mínimo mensal ao carente idoso ou deficiente. Sem a renda, haverá algum sofrimento grave – ou a pessoa ficará sem um tipo de alimento, ou sem algum tipo de remédio, por exemplo – que não condiz com a dignidade e a autonomia inerentes ao cidadão.

Para Ricardo Lobo Torres, se houver necessidade, a prestação estatal é obrigatória, independentemente de crise financeira. Nesses casos, adverte o autor, a ação estatal será limitada ao mínimo de bens adequados às necessidades de sobrevivência dos desamparados. Não é função do Estado livrar toda a população de todas as suas necessidades materiais. É posição coerente com o cuidado orçamentário e a proteção do mínimo existencial.

Gustavo Amaral incumbe ao magistrado a tarefa de

projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação *potencial*. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.¹¹³

Constatada a essencialidade do direito e a inevitável escassez de recursos, a demanda pelo benefício assistencial, em concreto, será regida pela solução dada por Amaral. Por ser mais instrutivo, organizamos a formulação do autor em etapas.

Inicialmente há a exigência, pelo cidadão, de uma atuação positiva material do Estado. Em face do pedido, o Estado entrega a prestação ou justifica a não-entrega. A justificativa será a constatação de que circunstâncias concretas impedem o atendimento a todos os que demandam prestações, o que leva a inevitáveis escolhas dramáticas. O Estado, então, utilizará um critério para determinar o que deve ser atendido; o que não for atendido terá, portanto, razão legítima para sê-lo. Em vista disso, descabida qualquer responsabilização do Estado pela negativa da prestação.

Caso o Estado não entregue a prestação, o cidadão pode recorrer ao Judiciário. No nosso caso, pedindo a concessão do benefício de prestação continuada. O Judiciário

¹¹² ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n.217, p. 61, 1999.

¹¹³ AMARAL, **Direito, Escassez & Escolha: ...**, p. 208.

fará a ponderação entre essencialidade da prestação e excepcionalidade. No caso do amparo assistencial, concluirá o magistrado que se trata de prestação essencial sem razão para não ser atendida. Não se justificou, portanto, a negativa do Estado no atendimento da prestação. O Judiciário, então, poderá conceder o benefício, porque a escolha feita politicamente não se sustenta.

Resumindo, “Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis (essencialidade e excepcionalidade), de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima.”¹¹⁴ A excepcionalidade, para Amaral, é entendida como a razão para deixar de atender o direito – como a falta de recursos, por exemplo. De acordo com esse raciocínio, se a essencialidade do benefício assistencial superar o argumento da falta de meios financeiros, deverá ser concedido o amparo. O funcionamento é uma ponderação de princípios e valores no caso concreto.

O Judiciário, nota Amaral, não decide a alocação de recursos abstratamente, nem controla as escolhas feitas pelos demais Poderes. “O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial, e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão.”¹¹⁵

Clève finaliza o debate: “A *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.”¹¹⁶

2.3.4 Em conflito com o princípio da separação dos poderes

O princípio da separação de poderes também tem servido de óbice à realização dos direitos prestacionais. Quando a norma constitucional faz referência a atividade legislativa posterior, o Judiciário não pode fazer as vezes de legislador para complementar o dispositivo constitucional e, assim, aplicá-lo. Também é vedado ao

¹¹⁴ AMARAL, **Direito, Escassez & Escolha**: ..., p. 216.

¹¹⁵ Id. ib., p. 228.

¹¹⁶ CLÈVE, ob. cit., p. 160.

Judiciário pretender reformar a agenda pública para incluir gastos, ordenar despesas, e definir políticas públicas.

Os argumentos são muitos: (i) o Judiciário estaria invadindo a competência do Legislativo e do Executivo, rompendo o equilíbrio que deve haver entre os Poderes; (ii) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos etc., atributo que não caberia ao Judiciário; (iii) a decisão sobre onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que há recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; (iv) o Judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva apenas casuística e não global dos problemas etc.¹¹⁷

A razão desta discussão está no efeito paralisante que o princípio da separação dos poderes tem surtido sobre as decisões judiciais brasileiras. O apego exagerado dos juízes à teoria da separação dos poderes reflete o conservadorismo e a ilusão de que o princípio vale, imutavelmente, para todo tempo. O Judiciário teme controlar o mérito dos atos do Poder Público, o que fica claro no corpo da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1458-7/DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello e publicada no Diário de Justiça da União de 20.09.1996: “Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimento normativo com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.”

Contra qualquer argumento, cabe dizer que a separação de poderes é princípio instrumental, permitindo flexibilização. Não há um modelo cristalizado de separação de poderes, então novas organizações não afrontam o princípio, que se organiza segundo as necessidades de cada Estado. A divisão de funções não é estanque. Cada Poder tem uma função precípua mas também exerce, em menor grau, as demais funções estatais. O único limite à livre conformação da distribuição de funções estatais, para Canotilho¹¹⁸, é a proibição do monismo de poder.

Na mesma linha, afirma Barcellos: “O que se pode dizer desde logo é que a separação de poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle do Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí

¹¹⁷ BARCELLOS, A *Eficácia* ..., p. 208.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 502.

incluída a determinação de prestações positivas com fundamento constitucional.”¹¹⁹ Assim, a separação de poderes pode ser flexibilizada, principalmente para garantir direitos fundamentais, pois o princípio foi construído a fim de proteger os direitos fundamentais contra abusos do poder.

Concluimos, com Barcellos, que o Judiciário tem legitimidade para proteger a eficácia simétrica das normas, atuando positivamente, pelas seguintes razões:

(i) o Judiciário foi criado pela própria Constituição do Estado, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional; (ii) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade em sua formação; (iii) aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar uma situação de independência; (iv) no que diz respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, vale observar que ela se desenvolve sempre, e em qualquer caso, com fundamento e limite na norma jurídica – a Constituição ou a lei –, fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explicita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações puramente políticas); (v) a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgãos superiores, assegurando oportunidades de correção de eventuais erros; (vi) o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; e (vii) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos.¹²⁰

Fica reconhecida, então, a “capacidade do Judiciário de syndicar positivamente os efeitos pretendidos pelas normas que cuidam da dignidade humana”¹²¹, sem significar a possibilidade de este Poder fixar políticas públicas. A própria democracia exige que o Judiciário aja para a efetivação dos direitos fundamentais. Os limites dessa atuação serão justamente a separação de Poderes, ao lado da reserva do possível. O controle judicial ganha destaque, portanto; ao invés de apenas impedir que as normas sobre o mínimo existencial sejam violadas, assegura a produção dos efeitos dessas normas.

2.3.5 Na ponderação de interesses

Para harmonizar os elementos que incidem sobre a sindicabilidade do amparo assistencial, faz-se a ponderação. Sua inevitabilidade é, como atesta Gouvêa, garantia

¹¹⁹ BARCELLOS, A Eficácia ..., p. 217.

¹²⁰ Id. Ib., p. 231-2.

¹²¹ Id. Ib., p. 232.

para Legislativo e Executivo “de que a apreciação dos aspectos políticos de seus atos não degenerará num puro e simples ativismo judicial.”¹²²

Seguindo linha alemã, Andreas Krell entende que “os direitos sociais representam “mandados de otimização” (Alexy) que devem ser “densificados”; o seu cumprimento pode ser negado por parte do Estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável.”¹²³

O balanço dos interesses em jogo determinará o que o Judiciário pode oferecer. “O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.”¹²⁴

O fio condutor do processo de ponderação é o princípio da razoabilidade. “De maneira geral, pode-se dizer que *proporcionalidade* e *razoabilidade* designam a exigência de que os atos da Administração e as leis, na consecução do interesse público, mobilizem de forma apropriada meios suficientes e necessários para o atingimento da finalidade.”¹²⁵

A proporcionalidade é composta por subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade nortearão a conformação dos princípios aos elementos fáticos. Quanto aos elementos jurídicos, “É a proporcionalidade *stricto sensu* que regula o quanto se deve abrir mão de um determinado princípio para compô-lo com outro princípio ou regra. Através da ponderação, estabelece-se o quanto cada princípio cotejado terá de ser diluído em sua aplicação.”¹²⁶

Qual a importância disso para a sindicabilidade dos direitos prestacionais? Consideremos situação em que a Administração demonstra que o reconhecimento de um direito prestacional restringirá consideravelmente o Erário público, comprometendo outras prestações também de interesse da coletividade. “A necessidade de alocação de recursos estatais na satisfação destes outros interesses funcionará como limite fático a ser

¹²² GOUVÊA, ob. cit., p. 142-3.

¹²³ KRELL, ob. cit., p. 59.

¹²⁴ BARCELLOS & BARROSO, ob. cit., p. 79-80.

¹²⁵ GOUVÊA, ob. cit., p. 133.

¹²⁶ Id. ib., p. 138-9.

observado quando do reconhecimento e da implementação do direito prestacional postulado na ação judicial, de tal forma que apenas a prestação em sua extensão *necessária* (e não mais do que isso) deverá ser prestigiada na decisão.”¹²⁷ A ponderação dará a extensão do direito postulado.

Conclui Gouvêa que “A proporcionalidade, no sentido a que se refere a teoria dos princípios, tem importância nas situações em que a existência ou a extensão do direito encontra-se questionada em face de fatores externos, sejam eles originariamente jurídicos ou fáticos.”¹²⁸

Muitas vezes nega-se o pagamento do salário mínimo fruto do benefício assistencial com fulcro na impossibilidade financeira. No entanto, negar o benefício a pessoas que realmente dele necessitam, alegando o não atendimento a um critério legal excludente em função do volume de recursos que o Estado **quer** destinar à assistência social, é nítida agressão à dignidade da pessoa; é desproporcional. É notório que os recursos existem; o Estado deve, então, empregá-los, sobretudo quando se refere a programas de baixo custo que atendem a padrões mínimos em matéria de direitos sociais. Porque não existe liberdade real se o indivíduo não tem acesso nem aos alimentos mínimos para uma vida saudável.

Concorda Sarlet com a proteção ativa da vida, ainda que invocados os princípios da reserva do possível e da reserva parlamentar em matéria orçamentária.

O mesmo raciocínio, assim, nos parece, poderá ser aplicado no que diz com outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como educação, assistência social e para as condições materiais mínimas para uma existência digna. O princípio da dignidade da pessoa pode servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido.¹²⁹

A LOAS exige que a pessoa esteja praticamente sem renda (e portanto sem qualquer condição de sobrevivência digna) para ter acesso a um direito que a Constituição não restringiu drasticamente. Exige-se a miséria do cidadão para que exista direito subjetivo individual ao benefício, o que fere a dignidade da pessoa humana. Devem existir parâmetros para a concessão do benefício, mas estes devem estar em conformidade com o sistema constitucional. Não se pode retirar toda a dignidade da

¹²⁷ Id. ib., p. 140.

¹²⁸ Id. ib., p. 140.

¹²⁹ SARLET, O Direito Fundamental à Moradia ..., p. 185.

pessoa e depois devolvê-la; é necessário assegurar que a pessoa nunca tenha perdido a sua dignidade como ser humano.

Não podia ser outra a conclusão de Sarlet:

Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá, em princípio, a possibilidade de reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, [...].¹³⁰

Gouvêa, analisando os estudos de Alexy, afirma que

No que concerne ao mínimo existencial, Alexy sequer admitiria a obstaculização em virtude dos óbices jurídicos da separação dos poderes e da competência orçamentária. Neste passo, Alexy, sem aderir a uma teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais, enxerga no mínimo existencial 'condições nas quais pode dizer-se com muita segurança que não lhes precede nenhum princípio oposto'.¹³¹

Aproveitando a esteira do mínimo existencial, Gouvêa enfatiza que os direitos que garantem a vida e a liberdade merecem "ser reconhecidos como prioritários, independentemente de juízo político dos órgãos investidos pelo voto popular."¹³² Barcellos afirma que, no tocante ao mínimo existencial, não há o que ponderar: ausente uma de suas condições essenciais, a dignidade terá sido violada.

A teoria dos direitos fundamentais pode, desta feita, desempenhar diversos papéis argumentativos para a temática dos direitos prestacionais.

Havendo recursos limitados e diversos investimentos possíveis, deve-se conceder primazia àqueles relacionados à satisfação do mínimo existencial, [...]. Evidencia-se, neste passo, a circunstância de que os direitos fundamentais limitam a discricionariedade do administrador. A supremacia deontológica dos direitos fundamentais torna irrelevante qualquer juízo de conveniência, e sua urgência afasta a cognição da oportunidade.¹³³

Bem escreve Ingo Sarlet:

Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na

¹³⁰ Id. ib., p. 185-6.

¹³¹ GOUVÊA, ob. cit., p. 118.

¹³² Id. ib., p. 265.

¹³³ Id. ib., p. 271.

velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.¹³⁴

Inquestionável a possibilidade de um cidadão carente, mas com renda familiar mensal *per capita* superior a ¼ do salário mínimo, reivindicar judicialmente a concessão do benefício de prestação continuada. O Judiciário deve reconhecer tal direito, mesmo contra a Lei nº 8.742/93, pois o reconhecimento de prestação que satisfaz o mínimo existencial é prioritário, posto que preserva a vida e a liberdade, sem as quais o direito não tem razão de ser.

Noções como direito fundamental, mínimo existencial, reserva do possível, separação de poderes, e ponderação de interesses, fazem com que a interpretação e a aplicação do direito tenham nova dimensão, e o Judiciário, um novo papel. Barcellos e Barroso expõem o fruto da necessidade de novos instrumentais:

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar as escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.¹³⁵

Os citados autores utilizam a denominação pós-positivismo para representar a tendência da consideração dos valores, da constatação da natureza distinta dos princípios e das regras e da importância dos direitos fundamentais como núcleo do sistema jurídico. O avanço filosófico é aproveitado como instrumento técnico para o avanço do direito, para a mudança da realidade brasileira, marcada pela desigualdade.

O controle da legitimidade da solução resultante da ponderação tem sido feito por meio do exame da argumentação, considerando **racionalmente** se a solução proposta é a que melhor realiza o objetivo constitucional.

Gouvêa anuncia que a intersubjetividade revela-se um importante instrumento de controle da atuação judicial. O juiz procura julgar o caso da melhor forma possível porque há controle social e jurídico de sua decisão. A opinião pública e da comunidade jurídica, a literatura jurídica e as instâncias judiciais superiores censurarão uma decisão mal formulada, o que significa proteção contra subjetivismos indesejáveis. Assim, ao julgar, o

¹³⁴ SARLET, **A Eficácia ...**, p. 321.

¹³⁵ BARCELLOS E BARROSO, ob. cit., p. 79.

juiz preocupa-se com a aceitação intersubjetiva de sua tese, tornando-a a melhor possível. Jürgen Habermas foi quem formulou originariamente a teoria da razão comunicativa, na qual explica a aceitação intersubjetiva como critério de correção. A motivação da decisão, nesse ponto, torna-se fundamental, pois pela exposição do raciocínio as partes controlarão a legitimidade e a validade da resposta jurisdicional.

Sendo o enunciado jurídico um discurso, para ser correto deve observar regras tais como a não-contradição, a clareza, a universalidade, a consideração das ponderações e das consequências, as deduções morais, e a imparcialidade. Para Alexy, uma norma pode ser aprovada por todos se as consequências de seu cumprimento geral podem ser aceitas por todos.

Sobre a exigência do benefício de prestação continuada para além do que prevê a Lei nº 8.742/93, a decisão que concedê-lo deverá ser aceita pela comunidade e pelos demais poderes se estiver fundamentada na normatividade da Constituição, na máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, na prioridade do amparo social como integrante do mínimo existencial, superando o limite da reserva do possível e do dogma da vedação da atuação positiva do juiz em matéria de direitos sociais. Assim, não só os beneficiários com renda familiar mensal *per capita* até ¼ do salário mínimo têm direito ao benefício; também os idosos e portadores de deficiência sem condições de prover o próprio sustento e sem que a família possa provê-lo, desde que necessitem do amparo, poderão reivindicá-lo, e deverão ter sucesso na demanda.

3 O JUDICIÁRIO E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

3.1 A TAREFA DO JUDICIÁRIO

O Judiciário não é panacéia para as mazelas sociais. “Parece-nos que a realização do Estado Social e Democrático de Direito e, conseqüentemente, a concretização ou efetivação dos direitos fundamentais na sociedade é obrigação de todos os Poderes do Estado, indistintamente.”¹

Contudo, peculiaridades do Poder Judiciário o tornam o órgão mais indicado para efetivar o benefício de prestação continuada. “O Judiciário, dado suas características e sua atribuição de controle da atividade dos demais entes estatais, tem acesso direto à Constituição. Pode concretizá-la, em seu âmbito de atuação, independentemente de lei [...]”² As características do Judiciário são a imparcialidade, a dependência de provocação da parte para agir, e a obrigatoriedade de fundamentar suas decisões. Os juízes são os principais garantidores da Constituição e dos direitos fundamentais; por isso, devem assumir a tarefa de controlar os atos dos órgãos estatais.

O argumento de Jesse H. Choper para que o Judiciário controle a constitucionalidade é justamente o que se expôs: “A irresponsabilidade política do juiz constitucional, que o tornaria independente da maioria política, colocá-lo-ia em melhor posição que as demais autoridades públicas para a defesa e a promoção dos direitos individuais.”³ O Judiciário, como guardião da Constituição, devido às suas prerrogativas funcionais e à sua imparcialidade, não só pode como deve tomar as medidas necessárias para que as disposições constitucionais sejam plenamente cumpridas. No caso do benefício de prestação continuada, o Judiciário deve cotejar a lei nº 8.742/93 com a Constituição Federal de 1988, constatar a incompatibilidade da lei, e determinar o pagamento do benefício, a fim de satisfazer as exigências constitucionais.

Não devemos exigir que o administrador amplie o benefício previsto na lei. O administrador é ordenador da despesa, está subordinado ao Tribunal de Contas, obedece

¹ PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 3, n. 11, p.237-246, abr.-jun. 1995, p. 244.

² MORO, Sergio Fernando. Concretização da Constituição, função legislativa, função administrativa e função jurisdicional. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 21, p. 57, 1998.

³ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Curitiba, 2002. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, p.114.

a uma hierarquia e submete-se à legalidade. Adverte Moro que “isso não significa que a Administração deve ou pode ignorar as normas constitucionais. Se um ato legislativo é **manifestamente** contrário à Constituição, tem a Administração o dever de ignorá-lo. Outrossim, na aplicação das leis, deve considerar princípios e programas constitucionais, a fim de interpretá-la adequadamente.”⁴ Assim, poderia o funcionário federal do INSS deixar de aplicar os critérios de concessão do benefício de prestação continuada tal como exige a LOAS, por entender que a lei não está em conformidade com a Constituição?

Os agentes administrativos permanecem vinculados às leis e às ordens concretas de seus superiores hierárquicos até que sobrevenha decisão judicial a respeito do caso, pois cabe ao Judiciário definir a interpretação constitucional. Seria demais exigir do funcionário do INSS a atuação contra a lei e a aplicação, nas portas da agência, da Constituição. Com essa atitude, o funcionário poderia ser demitido, por exemplo, o que torna evidente a parcialidade da função administrativa para atuar nessa seara. O campo é peculiar à atuação imparcial do Judiciário.

A concessão ampla do benefício de prestação continuada deve ser resolvida pelo Judiciário; é este órgão que pode criar o precedente. O defeito da lei pode ser corrigido em qualquer instância, porque todo magistrado está vinculado à Constituição.

Tomemos como paradigma dois pronunciamentos, um de Konrad Hesse, e outro de Paulo Bonavides, respectivamente: “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *praxis*.”⁵ E “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se.”⁶

Nos capítulos anteriores analisamos a possibilidade e a extensão da atuação do Judiciário na concretização do benefício de prestação continuada, dentro dos argumentos da normatividade da Constituição, do controle da discricionariedade, dos direitos fundamentais, do mínimo existencial, da reserva do possível e da separação de poderes. Agora ressaltaremos a importância de o Judiciário atuar. “Segundo Clèmerson Merlin Clève, “importa, hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas,

⁴ MORO, Concretização ..., p.56 (grifo nosso).

⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.22.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 545.

novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo.”⁷

Para Jairo Gilberto Schäfer, a tarefa indeclinável do Judiciário é “tornar a eficácia dos direitos fundamentais uma realidade de toda a população brasileira”⁸. Isso significa, para Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso, uma criatividade na dogmática jurídica e uma aproximação com a ética e com a realização dos direitos fundamentais.

Um importante conceito em se tratando de direitos fundamentais é a efetividade. Na lição de Andréas Krell, efetividade “significa o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social.”⁹ Sem perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais, os cidadãos são violentados – moral, social e fisicamente. Como alertou Sarlet, a violência social incrementa a agressão a bens fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade sexual e o patrimônio. É necessário romper com a descrença nos direitos fundamentais, e mostrar que eles não são apenas para “privilegiados”. Quem pode mostrar isso é o Judiciário, com sua práxis.

Segundo Mauro Cappelletti, o advento da legislação social e dos direitos sociais transformou a função jurisdicional. O juiz não pode mais decidir apenas com base em Códigos. Como as normas que tratam da área social são mais amplas, maior é o espaço de atuação criativa do juiz. No contexto atual, ganha força a figura do juiz como *law-maker* e ‘operador social’. Os juízes perceberam que lhes cabia atualizar as normas editadas, e mesmo corrigi-las. Cappelletti menciona que o Judiciário tem que ser o ‘terceiro gigante’ para fazer frente ao Legislativo e ao Executivo, cada vez mais atuantes. Apenas um Grande Judiciário pode derrubar a LOAS, fruto do Grande Legislativo, e acabar com a burocracia demasiada do Grande Executivo. O Judiciário é o grande guardião e controlador dos demais Poderes.

No Estado Social de Direito, com o desafio de tornar efetivos os direitos sociais, o Judiciário assume nova função; os operadores do direito, os integrantes do Judiciário e do

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul-set. 2000, p.168.

⁸ SCHÄFER, Jairo Gilberto. Da fundamentação à eficácia dos direitos fundamentais: o papel concretizador do Poder Judiciário. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**. Curitiba, v.5, n.6, p. 284, mai 1999.

⁹ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 39.

Ministério Público têm seus papéis redirecionados. O sentido promocional prospectivo dos direitos sociais, segundo Tércio Ferraz Jr.,

altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). [...] Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa.¹⁰

Contra essa necessidade, está a atuação tradicional de muitos operadores:

Nos países periféricos como o Brasil, a atuação de muitos juizes se caracteriza pela resistência em assumir a sua co-responsabilidade na ação providencial do Estado. Nessa linha, exige-se um Judiciário *intervencionista* que realmente ouse controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da “programaticidade principiológica” da Constituição.¹¹

Andreas Krell constata que “A pouca experiência dos membros do Poder Judiciário no manejo dos princípios constitucionais termina subvertendo a lógica jurídica e colocando a população refém das normas infralegais editadas sem qualquer preocupação com esses princípios superiores, no mais das vezes, com elas conflitantes.”¹² A população carente se vê mesmo como refém da LOAS, pois não tem adiantado alegar o direito constitucional. Clèmerson Clève já acentuou que, no Estado Social, o direito “não sobrevive, não se aperfeiçoa não evolui e nem se realiza sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?”¹³ Krell põe mais uma indagação: o Poder Judiciário brasileiro está preparado para exercer papel mais expressivo no controle das políticas públicas?

Perez indica dificuldades do Judiciário na concretização de direitos sociais. Dificuldades culturais são a “conscientização do papel político do magistrado (o julgador ao decidir uma lide exercita um poder, poder este subtraído à sociedade pelo Estado e tão político quanto o de legislar ou administrar a coisa pública) e, de outra parte, com o

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes. **Anuários dos Cursos de Pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 11, p. 354 e ss., 2000.

¹¹ KRELL, ob. cit., p. 97.

¹² Id. ib., p. 73.

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 117, p. 304, jan.-mar. 1993.

conservadorismo legalista, isto é, o costume de decidir através da reprodução automática da lei e da jurisprudência.”¹⁴ Dificuldades de ordem jurídica correspondem à interpretação do princípio da separação dos poderes e ao medo de interferir no mérito administrativo. Conclui Perez que “Ao nosso ver, o Judiciário deve buscar superar todo e qualquer tipo de resistência à idéia de compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais.”¹⁵

Nas palavras de Lord Radcliffe: ‘jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?’¹⁶ Nota Cappelletti: “Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade.”¹⁷ Em bonita constatação, “não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa.”¹⁸

Assumindo papel acentuadamente criativo, os juízes não se tomam legisladores. As duas atividades são muito distintas. A criatividade na interpretação não deve ser entendida como total liberdade do juiz para criar norma nova para o caso concreto. Os juízes estão vinculados à Constituição, às leis, aos princípios, e à sua função. O juiz deve ser imparcial, tanto em relação às partes quanto em relação aos outros Poderes e à opinião popular. Deve seguir o contraditório, o devido processo legal, e está impedido de agir de ofício na postulação de pedidos que interessam apenas às partes do processo. Seu pronunciamento tem estreita ligação com o caso concreto. Essas são as virtudes passivas ou limites substanciais que diferenciam o juiz de órgãos políticos. Contudo, essas virtudes nada impedem que o juiz seja criativo!

Atualmente “cumpre ao Judiciário admitir que o seu compromisso com a Constituição pode exigir uma ação transformadora da realidade, e não apenas uma atividade de censura à atividade dos demais poderes constituídos.”¹⁹ Em qualquer caso,

¹⁴ PEREZ, ob. cit., p. 244.

¹⁵ Id. ib., p. 244.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 24-5, citação de RADCLIFFE, Lord. Discurso na convenção anual da “Law Society” de 1964.

¹⁷ CAPPELLETTI, ob. cit., p. 20.

¹⁸ Id. ib., p. 22.

¹⁹ MORO, **Jurisdição** ..., p. 192.

“o juiz constitucional não se transforma em legislador. A atuação da jurisdição constitucional sempre será pontual, com interferência, às vezes profundas, mas nunca amplas no processo político democrático.”²⁰

Sergio Moro atesta a incompatibilidade do dogma da vedação da atuação do juiz como ‘legislador positivo’ com o contexto atual:

a decisão judicial com conteúdo político é algo inerente dentro da concepção contemporânea do Estado. O que se deseja, sem dúvida, é que tal atuação proativa, substantiva do Judiciário seja pautada por critérios intersubjetivamente aceitos. É neste passo que os conceitos-chave relacionais mostram sua importância, permitindo ao Judiciário avançar até um ponto intermediário – nem tão omissivo, nem tão invasivo – das competências dos órgãos investidos pelo voto.²¹

Não há como proibir a atuação política do juiz, pois, como afirma Krell, o controle de constitucionalidade sempre envolverá uma atitude política do julgador. O que é possível é estabelecer limites a essa atuação política.

No Brasil, todos os magistrados têm jurisdição constitucional; “significa a atribuição a autoridades não-eleitas e que não podem, salvo excepcionalmente, ser destituídas de seu cargo, do poder de controle sobre as políticas públicas formuladas por autoridades eleitas.”²² O abuso desse poder não é compatível com o regime democrático. Quando utilizado racionalmente, contudo, contribui para o sucesso da democracia, a qual não se esgota na livre escolha dos governantes eleitos. É necessário que cada integrante da sociedade participe da concretização dos direitos. A efetivação dos direitos fundamentais, segundo Keller, só poderá se dar com vontade, pautada num patamar de transdisciplinaridade. “A Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.”²³ Essa vontade de Constituição é o desejo de concretizar as ordens constitucionais, de comportar-se segundo seus princípios. O direito é ineficaz sem o concurso da vontade humana.

Diante desse quadro, pode o Judiciário intervir na atividade do Executivo e do Legislativo? Segundo Krell, o Judiciário atuará perante os graves problemas sociais e nas

²⁰ Id. ib., p. 195.

²¹ Id. ib., p. 124.

²² Id. ib., p. 250.

²³ HESSE, ob. cit., p. 19.

falhas dos demais Poderes para dar cumprimento à ordem jurídica constitucional. A jurisprudência política justifica-se para defender os direitos que compõem o mínimo existencial, garantindo condições materiais de existência digna. Ainda, chama-se a atenção para a necessidade de que o Judiciário concretize também os direitos que são condições para uma participação igualitária na vida pública.

Segundo Moro, os casos em que é reclamada uma atuação mais incisiva da jurisdição constitucional são situações em que há mau funcionamento da democracia. O Judiciário deverá resguardar o caráter deliberativo da democracia (evitar barganhas), defender direitos fundamentais essenciais para o funcionamento do regime democrático (incluindo o direito ao amparo social, como já demonstrado), proteger grupos social e politicamente vulneráveis, e romper a inércia parlamentar.

Nesses casos, a autocontenção, ao invés de constituir elemento favorável à legitimidade da jurisdição constitucional, poderia levar ao resultado contrário. A recusa no enfrentamento dessas questões com seriedade é que enfraqueceria a legitimidade da jurisdição constitucional. Ainda nesses casos, adoção de postura ativa não levaria inevitavelmente a juízo de censura sobre a ação ou omissão dos demais poderes públicos, embora seja esse um resultado mais provável neles do que nos casos em que fosse adotada a autocontenção.²⁴

Com esse escopo, o Judiciário pode intervir. Poderá fazê-lo, se provar (podendo utilizar as argumentações expostas neste estudo) que sua interpretação é a mais adequada. Resta o uso da argumentação jurídica, do convencimento lógico e racional. Em sede de controle de constitucionalidade, o Judiciário deve motivar substancialmente a incompatibilidade do ato normativo com a Constituição. Somente com a superação da barreira da reserva de consistência é que o julgador estará autorizado a invalidar ato legislativo ou suprir vazio, no caso concreto, da mesma espécie, efetivando as normas constitucionais. “Não sendo atingida a carga de argumentação suficiente para demonstrar o acerto da interpretação judicial da Constituição, exige-se do juiz a autocontenção.”²⁵

Sergio Moro utiliza um exemplo,

o da norma constitucional que prevê o salário mínimo como direito fundamental dos trabalhadores, veiculando ordem ao legislador para que seu valor seja fixado segundo determinados parâmetros (art. 7º, IV, da Constituição Federal). Se o legislador fixar o valor do salário mínimo em desconformidade com os parâmetros constitucionais, estar-se-á diante de inconstitucionalidade. Todavia, para chegar a conclusão desta espécie, o juiz constitucional deverá superar a reserva de consistência, que exige pelo menos a demonstração do desacerto da lei, e quicá a indicação de um valor compatível com o comando constitucional., para o que ele

²⁴ Id. ib., p. 119.

²⁵ Id. ib., p. 179.

deverá valer-se de amplos dados empíricos. Como o juiz não pode permanecer alheio às consequências de suas decisões, ele terá, inclusive, que cogitar sobre os reflexos de sua decisão para a economia do país. O juiz precisa considerar essas repercussões à luz do que aconteceria caso sua decisão fosse estendida a todos os casos análogos, transcendendo aos limites da causa 'sob judice'.²⁶

"Se, ao resolver a 'questão interpretativa', o juiz reconhecer a existência de determinado direito em nossa Constituição, ele deverá concretizá-lo, ou, mais propriamente, torná-lo realidade. É o que se exige da autoridade judiciária."²⁷ Estendendo o raciocínio para o benefício de prestação continuada, se o juiz entender que a Constituição prevê que todos os necessitados merecem receber o amparo, deve concretizar tal direito. O Judiciário deve usar todo o instrumental argumentativo possível para mostrar que a sua interpretação da Constituição é a correta.

De todo modo, o que se defende no presente trabalho, não é um ativismo desenfreado incompatível com a democracia. O que se defende é um Judiciário comprometido com a consolidação da democracia, o que exige alternância de postura de autocontenção com de ativismo. Há risco em defender-se o ativismo? Decerto. Contudo, apregoar o imobilismo também oferece riscos, ainda mais considerando as carências brasileiras, sendo um fator negativo não só dentro do Judiciário, mas também em nossa sociedade civil, comprometendo a qualidade de nossa democracia.²⁸

Moro adverte que confiar cegamente no Judiciário é comportamento pueril, pois "O Judiciário, usualmente e inclusive o brasileiro, não é um poder transparente e é pouco afeito ao controle pela sociedade civil."²⁹

Feita a ressalva, fica contudo a necessidade da atuação criativa do juiz, tanto para proteger a Constituição quanto para promovê-la. As discussões deste trabalho mostraram que no gabinete do juiz há de ter mais do que livros.

'Textos' escritos e normas de 'direito natural', a 'tradição' e o 'consenso geral', a idéia de 'progresso', etc.: esses e outros elementos e critérios, embora vagos, flexíveis e contraditórios e, em todo caso, incompletos e insuficientes, podem todavia auxiliar para fazer com que os valores criados pelo juiz, inevitavelmente pessoais sejam, apesar disso menos individuais e mais sociais, isto é, mais objetivos. Não se cuida de uma questão de impessoalidade, nunca alcançável, mas de uma questão de objetividade relativa, ou seja, de conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais de sociedade. Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional – criatividade do direito e de valores – é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que

²⁶ Id. ib., p. 175-6.

²⁷ Id. ib., p. 206.

²⁸ Id. ib., p. 254.

²⁹ Id. ib., p. 253.

o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular.³⁰

Repetindo Ronald Dworkin, é impossível imaginar um modelo absolutamente livre de participação judicial substantiva. É inviável não implementar qualquer direito prestacional, ou implementar apenas aqueles claramente descritos pela lei, pois “Difícilmente um direito prestacional é previsto na legislação de forma absolutamente livre de ambigüidades e, mesmo neste casos raros, óbices típicos do contexto de aplicação do direito – tais como a reserva do possível e a colisão de princípios – acabam por exigir do juiz algo além da técnica imparcial.”³¹

Ou seja, deverá o magistrado, à luz do bom senso, de sua experiência de vida, de sua responsabilidade política, considerados, no mais das vezes, os princípios da razoabilidade, decidir a causa concreta, afastando, se for o caso, a inexequibilidade em tese da norma fundamental programática, definindo, se motivo houver, obrigações positivas para o Estado ou para um particular que venha a afrontar direito fundamental.³²

A necessária nova hermenêutica não leva, como ensina Krell, à imprevisibilidade de resultados nem ao subjetivismo, pois os valores predominantes da sociedade já estão quase todos consagrados na Constituição. Além do que há o dever de motivar as decisões. “A referida interpretação *valorativa* funciona através da ‘flexibilização da literalidade normativa para uma ‘re-criação’ que conduza a lograr a justiça em concreto, ou o objetivamente justo do caso’. Essa ‘valoração’, contudo, não deve ser *subjetiva* no sentido de se basear sobretudo na subjetividade do operador, mas *objetiva* enquanto confira prevalência aos valores que o sistema jurídico integra.”³³

Clèmerson Clève refere-se à moderna concepção do direito constitucional como a dogmática constitucional emancipatória. Tal dogmática estuda a Constituição a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, entendendo que o foco do direito não deve ser o Estado, e sim a pessoa, que necessita de bem-estar físico, psíquico e moral. A nova hermenêutica jurídica deve estar compromissada com a mudança da

³⁰ CAPPELLETTI, ob. cit., p. 107.

³¹ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 266.

³² PEREZ, ob. cit., p. 245-6.

³³ KRELL, ob. cit., p. 82-3.

realidade social e a busca da concretização dos direitos fundamentais e dos objetivos e princípios de nosso Estado.

Para Konrad Hesse, a interpretação é decisiva para consolidar a força normativa da Constituição. “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”³⁴

Os juízes devem interpretar a Constituição segundo o papel institucional que lhes foi reservado: “o de guarda da Constituição.”³⁵ “A pré-compreensão do papel institucional do intérprete, notadamente do juiz constitucional, é que constitui o fator mais relevante na interpretação da Constituição.”³⁶ Sergio Moro evidencia os princípios propostos por Luis Roberto Barroso para a interpretação constitucional, pois de fato há peculiaridades da Constituição que não permitem interpretá-la tal qual o Código Civil, por exemplo³⁷.

Moro ressalta a valorização que se deve dar à ‘leitura moral’ de que trata Dworkin, “com alguns temperamentos quanto à possibilidade de sempre se encontrarem as respostas certas para os desafios interpretativos da Constituição.”³⁸ E explica:

Para Dworkin, a resposta do que é o Direito não depende da resolução de uma questão meramente ‘semântica’. A questão jurídica deve ser resolvida através de uma concepção do Direito como integridade, que demanda uma resposta convergente com a ‘melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade’, o que remete a questões substantivas de moralidade política e de justiça.³⁹

³⁴ HESSE, ob. cit., p. 22-3.

³⁵ MORO, **Jurisdição...**, p. 140.

³⁶ Id. ib., p. 141.

³⁷ Os princípios enunciados por Luis Roberto Barroso, a que se faz simples referência são os seguintes: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade ou proporcionalidade, efetividade. As peculiaridades da Constituição, que a fazem merecedora de interpretação distinta são: superioridade jurídica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político. Apurado em BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público**, v. 5, n. 19, p. 51-80, mai-jun. 2003.

³⁸ Id. ib., p. 156.

³⁹ Id. ib., p. 135.

Vimos que os direitos vinculados ao mínimo existencial são prioritários, o que torna necessário o ativismo judicial para proteger e implementar tais direitos. No caso de já existirem leis reguladoras e sistemas estruturados de prestação de um direito fundamental social, como ocorre quanto ao benefício de prestação continuada, o papel do juiz, para Moro, é submeter os diplomas “a escrutínio, para verificar se foram atingidos níveis mínimos de atendimento ou para identificar e reparar ‘pontos de estrangulamento’”. Mais importante cumpre verificar [...] se as necessidades dos mais pobres estão sendo atendidas de maneira igual.”⁴⁰

A resposta é certa: as necessidades dos mais pobres não estão sendo atendidas de maneira igual, pois dentre as pessoas que estão em estado de desamparo social, apenas algumas conseguem receber o benefício assistencial, em função do critério legal da renda *per capita* familiar do beneficiário. Esse é um ponto de estrangulamento que o juiz não pode ignorar.

As pessoas que vivem em situação econômica precária são impedidas de participar adequadamente do processo político democrático. Reconhece Moro que não há como exercer as liberdades básicas sem o apoio em condições materiais mínimas. “Considerando a questão por essa perspectiva, direitos sociais destinados aos pobres transcendem os objetivos de política redistributiva ou assistencialista, visando não somente promover a igualdade ou suprir necessidades materiais, mas também propiciar aos necessitados condições reais de participação na vida política e social, o que é imperativo no regime democrático.”⁴¹

Em meio aos retrocessos da Lei Orgânica da Assistência Social, os cidadãos excluídos são

Condenados à marginalidade sócio-econômica e, portanto, à fome, ao trabalho muitas vezes escravo, à exploração e a condições ‘hobbesianas’ de vida, esses amplos segmentos miseráveis, indigentes e pobres da população jamais aparecem, no continente, como portadores de direitos subjetivos públicos nem como ‘sujeitos de direito’ enquadrados nas garantias fundamentais e nas liberdades estabelecidas pela ordem constitucional. Dela excluídos em termos concretos, seja por falta de leis complementares regulando os dispositivos normativos relativos à assistência social, seja pela crônica ineficácia dos serviços governamentais de assessoria legal, o que evidentemente limita seu acesso aos tribunais, tais segmentos aparecem apenas como ‘necessitados’ ou ‘hipo-suficientes’, isto é, como contingentes sociais invisíveis juridicamente, cujo

⁴⁰ Id. ib., p. 224-5.

⁴¹ Id. ib., p. 222.

único 'direito' possível é o agradecimento, a reverência e a submissão pelas eventuais concessões beneméritas do Estado.⁴²

Em vista disso,

há justificativas suficientes para que o juiz constitucional adote postura ativa na proteção judicial dos pobres, como grupo social e politicamente vulnerável no processo político democrático, quer através da implementação de direitos que os beneficiem, quer através de crivo judicial rigoroso sobre a legislação reguladora ou restritiva desses direitos. Tal estratégia de proteção judicial especial para os pobres não compromete a proteção judicial, talvez com menor intensidade, de outros direitos sociais ou mesmo do princípio da igualdade, pois este vai além do imperativo de erradicação da pobreza.⁴³

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, afirma José Luis Bolzan de Moraes que as leis devem ter o objetivo de transformar o *status quo*, assim como quem as aplica. "O conteúdo da legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de *intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade*." ⁴⁴ É um Estado que vai além do modelo social, pois não se restringe a uma melhora das condições sociais de existência. O objetivo, agora, é ultrapassar a concretização da vida digna do homem, fomentando a participação pública (democracia), a qual solucionará os problemas das condições materiais de existência. A lei, no Estado Democrático de Direito, serve como instrumento de transformação, não como simples comando para que o Estado aja.

Resta a seguinte conclusão:

Se o Direito é o transformador social, cabe ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, aos juristas, aos advogados, aos professores, às universidades, enfim, a todos os operadores do Direito, a grande tarefa, o *desafio* de levar avante a atuação cada vez mais intensa na proposição de ações judiciais que exijam o cumprimento dos direitos assegurados na Constituição, até que os Poderes Executivo e Legislativo reformulem sua linha de atuação no que diz respeito ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, com a destinação de verbas necessárias ao integral cumprimento dos direitos assegurados na Carta Magna.⁴⁵

⁴² FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: FARIA, José Eduardo [org.]. **Direito e Globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 145-6.

⁴³ MORO, **Jurisdição ...**, p. 233.

⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 74.

⁴⁵ KELLER, Arno Arnoldo. **O descumprimento dos direitos sociais**: razões políticas, econômicas e jurídicas. São Paulo: LTr, 2001, p. 116.

Arno Keller prevê que com reiteradas decisões do Judiciário no sentido da promoção dos direitos sociais, o Executivo e o Legislativo teriam de adaptar suas atuações para fazer frente ao que o Judiciário está decidindo. "Ou seja, o Direito passaria a ser *um mecanismo de transformação da sociedade*, e não apenas um instrumento de solução para demandas individuais ou de reprodução de uma dada realidade."⁴⁶

Transformando ou conformando-se com a realidade? Vejamos como o Judiciário tem atuado em relação ao benefício de prestação continuada.

3.2 A PRODUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Não se pretende aqui comentar as decisões, pois acreditamos que todas as críticas à negação do benefício de prestação continuada já foram feitas ao longo deste estudo. Também deixamos ao leitor a percepção das argumentações utilizadas na fundamentação dos julgados. O objetivo deste tópico é apenas mostrar como se tem decidido em matéria de benefício de prestação continuada, e registrar que o Judiciário pode atuar na defesa da Constituição, mesmo que isso signifique extrapolar as cercas fincadas pela lei nº 8.742/93.

MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMÍLIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA" DADO PELO PAR.3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Arguição de inconstitucionalidade do par. 3. do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que prevê o limite máximo de 1/4 do salário mínimo de renda mensal "per capita" da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição.

2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico.

4. Pedido **cautelar** indeferido.

(ADIn nº 1232 MC/DF, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 22.03.95, sendo relator o Ministro Maurício Corrêa)

A decisão mostra a tradicional concepção de não conferir aplicação imediata e eficácia plena às normas de direitos fundamentais sociais, e de negar imperatividade às normas da Constituição.

⁴⁶ Id., ib., p. 111.

Como explica Cláudio Pereira de Souza Neto,

Os argumentos formais são, na verdade, utilizados como artifícios de garantia do minimalismo que caracteriza as decisões do Tribunal, na medida em que o desoneram de explicitar a dimensão eminentemente política que lhes é subjacente. Restam, então, diante dessa constatação, duas posturas possíveis: a) ou se contesta a legitimidade de qualquer juízo político e, em decorrência, se continua a propugnar por uma metodologia jurídica positivista, alicerçada exclusivamente nos aspectos formais da norma; b) ou se reconhece que a hermenêutica constitucional envolve necessariamente uma atividade judicial construtiva, em cujo cerne se situam razões de cunho filosófico-político, e se defende – no bojo do movimento contemporâneo de idéias, tendente à reinserção da razão prática na metodologia jurídica – a possibilidade de se validar essas razões como argumentos de fundamentação das decisões judiciais.⁴⁷

A técnica de dizer que a norma é de eficácia contida, necessitando primeiramente a atuação do legislador, tem servido no Brasil como o principal instrumento de autocontenção judicial. “Afinal, se a norma constitucional for caracterizada como de aplicabilidade meramente mediata, cessam, na prática, os deveres dos tribunais em relação a ela, não sendo necessário interpretar o seu conteúdo ou aplicá-la ao caso concreto, o que pode envolver deferência em relação à atividade tomada por outro poder público à vista do caso concreto.”⁴⁸ A autocontenção pode ser desenvolvida através de várias técnicas de decisão, conforme mostra Moro. Para o autor, talvez a mais relevante seja a abstenção em decidir o mérito em demanda constitucional. Certo é que, muitas vezes, é preferível não decidir do que decidir mal.

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. INCAPACIDADE INCONTROVERSA. RENDA FAMILIAR *PER CAPITA* SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. A União e o INSS são litisconsortes passivos necessários nas ações em que seja postulado o benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, não sendo caso de delegação de jurisdição federal. Súmula nº 61 do TRF 4ª R. Se a renda mensal da família do requerente de benefício assistencial (composta de cinco pessoas) alcança o montante de R\$ 594,27, não se pode considerar cumprido o requisito previsto no §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, nem mesmo se adotada a orientação do STJ, que toma o valor da renda *per capita* apenas como padrão mínimo a ser objetivamente considerado, pois isso significaria a desconconsideração pura e simples do texto legal. (Acórdão unânime da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo 2003.04.01.002032-0/RS, julgado em 14.05.2003, sendo relator o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz.)

É nítido o apego à legalidade e a subversão hierárquica das normas.

Felizmente desenvolve-se jurisprudência comprometida com a Constituição, afirmando que embora a lei tenha trazido critério objetivo para aferição da pobreza, a

⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso D. de Albuquerque [dir.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.28.

⁴⁸ MORO, **Jurisdição** ..., p. 182.

necessidade pode ser comprovada por outros meios, aceitando a superação da linha de corte em virtude da renda:

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 203 DA CF. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93.

I - A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência.

II - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor.

III - Recurso não conhecido.

(Acórdão unânime da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp 503.547/PR, julgado em 20.05.03, sendo relator o Min. Félix Fischer.)

No mesmo sentido:

REsp 308711/SP, julgado pela 6ª Turma do STJ, sendo relator o Ministro Hamilton Carvalhido. DJ 10.03.2003 – P. 323.

REsp 2002/0117238-6; Acórdão REsp 464774 / SC julgado pela 6ª Turma do STJ em 03.12.2002, sendo relator o Min. Hamilton Carvalhido.

REsp 1999/0063283-4; Acórdão REsp 223603 / SP julgado pela 5ª Turma do STJ em 14.12.99, sendo relator o Min. Edson Vidigal, DJ 21.02.2000 – P. 163.

AC 435133/RS, julgado pela 6ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o Juiz Tadaqui Hirose. DJU 12.06.2002 – p. 454.

REsp 2221.764/SP, relator Min. Gilson Dipp, DJU de 12.03.2001.

AgRg/Ag 311.369/SP, relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 05.03.2001.

REsp 222.777/SP, relator Min. Jorge Scartezini, DJU de 07.08.2000.

REsp 222.778/SP, relator Min. Edson Vidigal, DJU de 29.11.1999.

Ag 2002.04.01.052582-5/RS, julgado pela 5ª Turma do TRF da 4ª Região em 07.05.03, sendo relator o Juiz Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira.

Ag 2001.04.01.085736-2/RS, julgado pela 5ª Turma do TRF da 4ª Região em 21.11.02, sendo relator o Juiz Federal Celso Kipper.

Ag 2002.04.01.038989-9/RS, julgado pela 5ª Turma do TRF da 4ª Região em 20.02.03, sendo relator o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz.

AC n. 853547, processo n. 200061130048071-SP, julgado pela 1ª Turma do TRF 3ª Região em 08.04.2003, sendo relator o juiz Johonsom Di Salvo.

No Recurso Extraordinário nº 276.854-5/SP, julgado em 19.09.2000, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Moreira Alves: “Quanto à necessidade de comprovação de que a renda pessoal ou familiar “per capita” seja inferior a 1/4 do salário mínimo, tal requisito deve ser desconsiderado, vez que referido valor não atende aos princípios orientadores da Assistência Social nos termos preconizados pelos artigos 203 e 204 da Constituição Federal.”

É relevante o número de tribunais sensíveis às questões da assistência social, o que revela o compromisso, apesar do resultado da ADIn nº 1.232-1 no STF⁴⁹ (afirmando que o § 3º do art. 20 da lei nº 8.742/93 não é inconstitucional), com a Constituição. Significa que cada magistrado está percebendo a sua função para a efetividade dos direitos. O Judiciário pode não erradicar a pobreza, mas sendo sensível às questões sociais e demonstrando postura ativa, pode desempenhar importante papel pedagógico para demais instituições, fazendo-as acordarem para a realidade. O legislador pode aproveitar a solução construtiva dos juízes para legislar sobre o tema. O progresso legislativo aproveitará o caminho aberto pelo Judiciário ao ser sensível frente aos casos concretos, acrescenta Ruschel. O Judiciário está comprometido com a democracia e a defesa dos direitos fundamentais. Não pode escapar à tarefa de remover os óbices ao direito à assistência social. “O papel do juiz nas ações que objetivam a tutela dos interesses meta-individuais é muito importante, porque é a sua criatividade na sentença do primeiro grau que vai abrindo o caminho para a mudança de entendimento e de decisão nas instâncias superiores.”⁵⁰

Passam a ser consideradas as peculiaridades dos idosos e dos portadores de deficiência: o tipo de incapacidade, o tipo de doença, a idade e o sexo fazem com que as necessidades sejam heterogêneas. Moro defende a avaliação precisa, no caso concreto, das condições de vida do requerente, envolvendo até mesmo inspeção judicial da residência. Certamente assim serão colhidos sinais de pobreza ou de não-pobreza, o que norteará a acolhida ou a rejeição do pedido de concessão do benefício. É uma forma de evitar fraudes, pois nem todos os que postulam o benefício realmente dele precisam.

O Superior Tribunal de Justiça garantiu a portador do vírus HIV o direito de receber benefício de prestação continuada. O relator do recurso, ministro Gilson Dipp, ressaltou que a Constituição Federal assegurou ao idoso e ao deficiente o direito de

⁴⁹ Cf. ementa à p. 31, comentada às p. 31 e 32 desta pesquisa.

⁵⁰ KELLER, ob. cit., p. 111.

perceber o benefício, desde que comprovem não poder suprir ou ver suprida a própria subsistência, na forma da lei. Repete-se o texto na lei nº 8.742/93, trazendo, todavia, como definição de portador de deficiência, em seu artigo 20, a pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Contudo, para o relator, tal classificação não pode servir de obstáculo à concessão do benefício previdenciário, exigindo que o deficiente comprove ser incapacitado tanto para uma coisa quanto para outra, como quer o INSS.

É bastante que comprove os requisitos previstos no *caput* do artigo 20 (de que é portador de deficiência ou idoso sem meio de suprir a própria subsistência e sem ter quem o faça) e ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal (que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivo garantir um salário mínimo mensal à pessoa naquelas condições definidas na lei).⁵¹

É possível estender tal entendimento em relação ao critério da renda *per capita*. Nesse sentido, rejeitar-se-ia o disposto no § 3º para valorizar a redação do *caput* do artigo 20 da lei nº 8.742/93 e do inciso V do artigo 203 da Constituição Federal. O relator mostra-se compromissado em realizar a Constituição, utilizando-se de dogmática emancipatória.

Temos notícia de que a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados editou a súmula de número 11, em abril último, oficializando a orientação sobre o tema: “a renda mensal *per capita* superior a um quarto do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 20 da lei 8.742/93, desde que comprovada por outros meios a miserabilidade do postulante”.

Uma interessante solução foi encontrada pelo Ministério Público, aliás uma resposta bastante coerente com a realidade social e com a segurança jurídica decorrente da regulamentação normativa. A saída aventada é a seguinte: da renda familiar, são descontados os gastos com remédio, luz, transporte, vestuário, água, alimentação e educação. Se depois de descontadas as despesas **mínimas necessárias**, a renda familiar *per capita* for inferior a ¼ do salário mínimo, o benefício deve ser concedido. Se for superior, não. É uma resposta ao problema da linha de corte da lei nº 8.742/93 que vai ao encontro da ponderação dos elementos tratados neste trabalho. Sem desprezar o critério legal, considera-se a renda familiar líquida.

Ainda sobre esse pronunciamento ministerial:

Cabe reparar que a legislação ordinária transcrita no início desta manifestação, ao pretender regulamentar o art. 203, inc. V da Constituição – que prevê benefício assistencial aos idosos e

⁵¹ Fonte: www.stj.gov.br Notícia de 05/06/2002

deficientes que não possam manter-se ou serem mantidos por suas famílias – incorreu, na verdade, em *inconstitucionalidade*, ao limitar referido benefício àqueles cuja renda familiar *per capita* seja inferior a R\$ 60,00 (de acordo com o salário mínimo vigente). Presumir, como é o caso do requerente, que a sobrevivência de uma pessoa portadora de deficiência – com todos os cuidados e despesas que essa condição acarreta – encontra-se assegurada pelo fato de a renda familiar *per capita* ser, em tese, de R\$ 94,00, significa jogar por terra o amparo que a Constituição pretendia conceder às pessoas idosas e deficientes, além de representar um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual merece toda a proteção ao alcance dos meios jurídicos – especialmente, como bem observado no estudo retro citado, quando envolvidos crianças e idosos. (Autos nº 2003.70.00.034679-5, do Juizado Especial Federal. Parecer realizado de na data de 30.03.04 por Dilton Carlos Eduardo França, Procurador Regional da República.)

Schwarzer e Querino oferecem uma interessante proposta. Uma vez que os beneficiários gastam grande parte do seu orçamento familiar com aspectos relacionados com a sua saúde, parece haver uma necessidade de fortalecer a coordenação entre a Assistência Social e o Sistema Único de Saúde (SUS).

Quanto à inconstitucionalidade do § 3º, do art. 20, da lei nº 8.742/93, vários magistrados têm-na declarado incidentalmente, como o juiz Ali Mazloum, da 2ª Turma do TRF da 3ª Região, relator do julgamento da Apelação Cível nº 97.03.057874-8/SP.

Sobre esse tema, vejamos os autos nº 2000.71.07.000576-3. Ação Civil Pública julgada pela 2ª Vara Federal da Caxias do Sul/ RS em 14.03.01, sendo prolator da sentença o juiz Eduardo Appio. Analisando as preliminares, interessante destacar a possibilidade de o Ministério Público propor Ação Civil Pública para reivindicar a concessão do benefício de prestação continuada para os idosos e os portadores de deficiência carentes mas com renda familiar *per capita* que supera o limite legal de ¼ do salário mínimo. O Ministério Público defende os interesses difusos e coletivos. Sendo que o artigo 203, V, está no título da Ordem Social, tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193, *caput*, da CF), decide o juiz: “Trata-se, por evidência, de direitos difusos, na medida em que a ordem social de um país se constitui na sede axiológica de uma Constituição, em conjunto com os direitos fundamentais e sociais dos cidadãos.”

Analisando do mérito, o juiz assim decide:

Ressalte-se que a incompatibilidade material resulta da verificação de relação de congruência entre o dispositivo de lei fruto da vontade do legislador com o dispositivo da Constituição, o qual expressa a vontade da Nação. No presente caso, como bem consignado pelo representantes do MPF em Caxias do Sul-RS, revelou-se arbitrária e desproporcional a fixação do critério previsto no §3º do art. 20 da lei em comento, a qual não está resguardada do “*judicial review*” no sistema brasileiro. Resulta patente, pela mera leitura dos dispositivos, que o legislador elegeu dois critérios supostamente técnicos na definição de uma mesma situação de fato, qual seja, NECESSIDADE INDIVIDUAL da pessoa humana no país. Não foi observada a aplicação do princípio da proporcionalidade na edição do dispositivo de lei enfocado (art. 20, §3º, da Lei 8.742/93) na medida em que desrespeitou o comando constitucional que emana do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 88: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

Ora, o dispositivo de lei atacado criou grave iniquidade, o que é vedado pela Constituição Federal de 88, na medida em que considera que a necessidade individual de um cidadão brasileiro idoso ou deficiente somente pode ser suprida com pelo menos um salário mínimo mensal, enquanto que a mesma lei (e o mesmo artigo) preceitua que outro cidadão brasileiro – hígido – pode suprir suas necessidades individuais com o equivalente a ¼ do salário-mínimo, podendo despendar o valor restante com os demais membros de sua família.

Regra iníqua a qual atenta contra o princípio da isonomia entre os cidadãos, de índole aristotélica, base da civilização ocidental moderna e das Constituições dos países democráticos. [...]

No que concerne à engenhosa alegação, por parte da UNIÃO, de que declarada, de forma incidental, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, criar-se-ia um "vácuo gravoso" ao cidadão brasileiro, cumpre mencionar que a chamada "INTERPRETAÇÃO CONFORME a Constituição Federal" tem por finalidade superar tal sorte de questões, tendo sido instrumento técnico engendrado pela Corte Constitucional Alemã como forma de preservar o direito dos cidadãos, como no caso vertente.

Sem adentrar nas discussões teóricas acerca da diferenciação pela doutrina entre a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade sem redução do texto legal, é mister salientar que a interpretação conforme tem como finalidade preservar a lei no ordenamento jurídico, sem lhe decretar a nulidade "*ab initio*" desde que se confira uma hermenêutica consoante a Constituição Federal de 88 e o Estado Democrático de Direito, tarefa, a meu ver, que consiste no dia-a-dia dos Magistrados do país, em especial os Federais.

Desta sorte, DECLARO, de forma incidente, a inconstitucionalidade do disposto no art. 20, §3º da Lei 8.742/93, pelos argumentos já expendidos, a qual somente não é inconstitucional caso interpretada da seguinte forma: a renda *per capita* de seus familiares não deve extravar o percentual de 1 salário-mínimo.

Duas reclamações dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, analisadas no final de março deste ano, há notícias veiculadas recentemente nos jornais. Uma das reportagens tem como título "Idoso não terá de devolver benefício ilegal". O mesmo raciocínio está no corpo da notícia, aludindo à concessão judicial do benefício sem amparo legal. Realmente estagnante o estigma do idoso carente como um criminoso, que foi contra a lei e fraudou o INSS. O benefício não é ilegal! Estudamos seu *status* constitucional e sua regulamentação por lei! Notamos que o direito ao benefício pode ser concedido pela "Justiça", independentemente de lei, pois será utilizado o fundamento constitucional.

O STF pronunciou-se de acordo com os limites de renda fixados na Lei Orgânica da Assistência Social, possibilitando a suspensão do pagamento do benefício de prestação continuada para titulares que têm renda familiar *per capita* superior ao teto de ¼ do salário mínimo estabelecido na legislação, mesmo vivendo em condições miseráveis. A Previdência Social manifestou-se, afirmando que os juízes vinham concedendo o benefício usando critérios pessoais para determinar o limite de miserabilidade. Isso implica a revisão de cerca de 14.900 benefícios. Para o INSS poder cortar o pagamento do benefício, sua Procuradoria terá que demandar judicialmente caso por caso para derrubar decisões de instâncias inferiores.

O que tem a ser dito é que os juízes não utilizam “critérios pessoais” para a concessão do benefício. Trata-se do emprego da dogmática constitucional emancipatória, da nova hermenêutica, do ativismo judicial consoante com a democracia, da assunção do papel do Judiciário na efetivação da Constituição, da ponderação de conteúdos abertos. Tais técnicas não são subjetivismo. “A opção metodológica pela efetividade da Constituição – a qual possui, em seu quadro axiológico, uma evidente preocupação social que não pode ser desprezada – objetiva, isto sim, rechaçar o subjetivismo, seja ele ativista ou conservador.”⁵²

“Se estes casos representaram tal violação *ao atacado* [*wholesale*] de princípios verdadeiros de constrição do comportamento judicial, por que tantos juízes federais quiseram decidi-los, e com tão aparente unanimidade?”⁵³ Desmitifica-se a crença de que as decisões judiciais nos casos de repercussão política são formuladas em função das convicções subjetivas dos magistrados.

Vejamos as decisões das citadas reclamações:

Ao julgar a Reclamação 1.880, rel. Min. Maurício Corrêa, o Plenário do Supremo Tribunal decidiu que todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade, sejam considerados como parte legítima para propositura de reclamação. Por outro lado, também decidiu o Plenário desta Corte, ao julgar a ADI 1232, em juízo de mérito, pela constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.472/93, que prevê o limite máximo de 1/4 do salário mínimo de renda mensal “per capita” da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, tendo em vista o art. 203, V, da Constituição Federal se reportar à lei para fixar os critérios de garantia do benefício nele previsto. A decisão da MM Juíza Federal do Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé afrontou o entendimento do Supremo Tribunal Federal na referida ação direta de constitucionalidade. Configurados os pressupostos legais, concedo a liminar para o fim de afastar a exigência de pagamento do benefício assistencial em questão. Comunique-se. Solicitem-se as informações. Após, abra-se vista à Procuradoria Geral da República. Publique-se. (Reclamação nº 2303-RS, julgada liminarmente pelo Pleno do STF em 28.03.2004, sendo relatora a min. Ellen Gracie – DJ 04.04.04, p. 70. Em 13.05.04, o tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação. O referido julgado ainda não tem acórdão publicado.)

Apesar de o STF, na decisão da ADIn nº 1232 não ter expressamente declarado a constitucionalidade do § 3º, do art. 20, da lei nº 8.742/93, o julgado é tido como vinculante – o dispositivo não é inconstitucional, para a Corte. Contudo, cremos ser possível ainda discutir a questão, com base em leis posteriores ao julgamento, como alude Sergio Moro, e nos argumentos substanciais apresentados nesta pesquisa. Tanto é

⁵² GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.48.

⁵³ FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. **Judicial Policy Making and the Modern State – How the Courts Reformed America’s Prisons**. Cambridge: Cambridge University, 1998, p. 19.

possível discutir a inconstitucionalidade do dispositivo que os tribunais e os juízes o vem fazendo, como já demonstrado.

Continuemos com a segunda reclamação:

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no art. 102, inciso I, "I" da Constituição, e nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038, de 1990, propõe a presente Reclamação, com pedido de liminar, para suspender e cassar sentença proferida nos autos da ação nº 2002.61.84.009222-0, pelo Juiz Federal do Juizado Especial Federal Previdenciário da 3ª Região, no Estado de São Paulo. Pretende-se "afastar exigência de pagamento de benefício assistencial, o qual foi concedido em completo descompasso com o texto legal aplicável", haja vista a inobservância do requisito "renda familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo". Alega-se o efeito vinculante da decisão desta Corte na ADI 1232-DF, que confirmou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que estabelece critério para receber o benefício do inciso V do art. 203 da Constituição. Sustenta-se que a sentença de primeiro grau afastou o requisito legal expresso na mencionada Lei, que, conforme decisão desta Corte, representa requisito objetivo a ser observado para a prestação assistencial do Estado.

Indeferi a liminar, nos seguintes termos: "Nesse juízo de deliberação, entendo que, embora haja decisão desta Corte, não é de se excluir que, na hipótese dos autos, possa realizar-se um adequado *distinguishing*. Ademais, não restou demonstrada a proclamada avalanche de ações, requerendo o benefício assistencial. Em face da singularidade do caso, não se afigura evidenciado o *periculum in mora* indispensável à concessão da cautelar". Posteriormente à rejeição da liminar, caso análogo foi examinado pelo Pleno desta Corte, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie (AgRcl 2303). O voto vencedor de Ellen Gracie tem o seguinte teor: "Consta do voto do Min. Ilmar Galvão, quando do julgamento de mérito da ADI 1232, *verbis*: "Na realidade, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no texto legal, posto revelar ele uma verdade irrefutável, seja, a de que é incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 do salário mínimo. A questão que resta é a de saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido. Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, **outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.** Meu voto, portanto, com o parecer, julga procedente apenas em parte a ação, para o efeito acima explicitado."

De forma contrária, porém, entendeu o Min. Nelson Jobim. Transcrevo, para maior clareza, o voto de Sua Excelência: "Sr. Presidente, data vênica do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto, não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência de lei, da definição." O voto, do Min. Nelson Jobim, acabou prevalecendo no julgamento.

A sentença impugnada adotou a fundamentação defendida no voto vencido. Consequentemente, afronta o entendimento vencedor e, assim, a decisão da ADI 1.232. Meu voto é, pois, no sentido do provimento da reclamação, julgando prejudicado o agravo regimental interposto pela Defensoria Pública."

Diante do precedente firmado pelo Plenário em Agravo Regimental na Reclamação nº 2303 - e considerando como violada a autoridade da decisão proferida por esta Corte na ADI 1232 -, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão reclamada na parte em que concede benefício assistencial em desacordo com o requisito objetivo previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 ("renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo") (RISTF, art. 161, parágrafo único, acrescentado pela Emenda Regimental nº 13, de 25 de março de 2004). Publique-se.

(Reclamação nº 2298-6/ SP, julgada pelo STF em 31.05.2004, sendo relator o min. Gilmar Mendes – DJ 04.06.04, p.66, grifo nosso.)

O relator deixa claro que embora haja decisão sobre o dispositivo, não se exclui reapreciação frente ao caso concreto, o que mostra a utilidade da discussão. A ministra Ellen Gracie, na parte grifada do julgado, apresenta a seguinte solução: mantém-se o texto legal, mas apenas como parâmetro de análise das condições materiais do beneficiário, podendo ser aferida a necessidade do amparo com base em outros elementos que não a lei. Assim, a ministra entende ser constitucional o disposto no § 3º do art. 20 da lei nº 8.742/93, porque realmente a família com renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo é carente. Concordamos com a ministra que essa família é carente, e não só essa família. Contudo, não podemos aceitar a constitucionalidade do dispositivo, porque a lei não dá margem a outras constatações de carência, como já estudamos, embora essa tenha sido a saída na prática. A conclusão do voto da ministra está errada, porque o dispositivo é inconstitucional, mas a fundamentação está correta e coerente com a ampliação interpretativa que pede um direito fundamental. Nessa parte, infelizmente, o voto foi vencido. Assim como o voto do ministro Ilmar Galvão no seguinte Agravo:

ASSISTÊNCIA SOCIAL - INCISO V DO ARTIGO 203 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONDIÇÃO NECESSÁRIA PREVISTA EM LEI - PRECEDENTE DO PLENÁRIO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.232-1/DF - AGRAVO - CONHECIMENTO E PROVIMENTO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - JULGAMENTO IMEDIATO.

1. Na interposição deste agravo foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por procurador federal, veio acompanhada dos documentos de traslado obrigatório e restou protocolada no prazo assinado em lei. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentou que o critério estabelecido no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 para concluir-se pela insuficiência de recursos visando a prover a própria subsistência não é único, podendo o interessado comprovar o enquadramento na norma constitucional de outra forma que não a alusiva à renda mensal da família, por cabeça, inferior a um quarto do salário mínimo. Esse entendimento, todavia, não prevaleceu quando o Plenário apreciou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF. Ficou vencido o relator, ministro Ilmar Galvão, no que considerava que a condição para ter-se direito ao benefício constante do inciso V do artigo 203 da Constituição Federal não é a previsão legal reveladora de tal insuficiência, podendo esta ser provada por outros meios. Prevaleceu, na oportunidade, a óptica do ministro Nelson Jobim, que sustentou a necessidade de observar-se o parâmetro da legislação de regência a que remete o texto constitucional. É certo que o Plenário não contava com todos os integrantes, estando ausentes, na ocasião, além de mim, os ministros Sydney Sanches e Celso de Mello. Entretanto, decidiu-se respeitando tanto o *quorum* de instalação dos trabalhos quanto o score assinalado no Regimento Interno. Em face do precedente, ressalvo a convicção pessoal para consignar que o recurso extraordinário se fez alicerçado na alínea "a" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, na dicção da própria Corte, externada quando do julgamento, em 27 de agosto de 1998, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, cujo acórdão foi publicado no Diário de 1º de junho de 2001.

2. Ante o precedente, aciono o preceito do artigo 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil para conhecer e prover o agravo e, nos próprios autos, julgar o recurso extraordinário, provendo-o para concluir pela improcedência do pedido formulado, invertido o ônus da sucumbência retratada à folha 19, do qual ficará isenta a recorrida, por ser beneficiária de assistência judiciária gratuita.

3. Publique-se.

(Agravo de Instrumento nº 482760/ SP, julgado pelo STF em 14.05.04, sendo relator o min. Marco Aurélio – DJ 07.06.04, p. 25)

O STF, que é para ser o principal órgão de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, tem atuado de forma decepcionante. Enquanto prevalecem votos de nelsons jobins, muitas pessoas desacreditam na justiça, no Judiciário e perdem a esperança de uma vida melhor. Mas nós, operadores do direito, não podemos desistir!

Como na ADIn 1.232-1 o Supremo Tribunal Federal não entendeu ser inconstitucional o dispositivo, Sergio Fernando Moro propõe nova tentativa. O novo ataque mediante ADIn, teria o argumento da inconstitucionalidade superveniente do artigo 20, § 3º, da LOAS, tendo em vista a edição da lei nº 9.533/97. O Judiciário tem, assim, oportunidade de reavaliar a situação e laborar pela efetividade do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

A lei nº 9.533/97 institui programa de renda mínima às famílias carentes, e no seu artigo 5º estão os critérios de identificação das famílias habilitadas à percepção do benefício legal: *“Art. 5º Observadas as condições definidas nos arts 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I – renda familiar ‘per capita’ inferior a meio salário mínimo; [...]”*

Outras políticas governamentais voltadas aos pobres utilizam o mesmo critério de renda, como o PETI - Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Portaria nº 458, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social), o Auxílio-gás (Decreto nº 4.102/2002), o Programa de Geração de Renda (Portaria nº 877, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social) e o Agente Jovem (Portaria nº 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social). Há ainda a possibilidade de filiação ao Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Decreto nº 3.877/2001) das famílias beneficiadas pelos referidos programas sociais e todas as demais que tenham renda *per capita* de até meio salário mínimo. “A utilização do mesmo critério em repetidos programas voltados aos pobres permite concluir que o Governo reputa pobres aqueles com renda “per capita” de até meio salário mínimo. É difícil entender a persistência do critério mais restrito na Lei nº 8.742/93.”⁵⁴

Do outro lado, os idosos e os deficientes constituem grupos especialmente vulneráveis, seja pela sua dificuldade de inserção no mercado de trabalho, seja por possuírem necessidades especiais

⁵⁴ MORO, Sergio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado da [org.]. **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 152.

em relação a outras pessoas, como gastos elevados com saúde. Sua condição especial autorizaria o Governo a utilizar critérios menos restritivos quanto à renda nos programas governamentais a eles voltados, mas nunca o contrário. Embora os objetivos destes diplomas legislativos sejam diferentes, todos veiculam programas assistenciais, não sendo razoável a incoerência de critérios, especialmente quando o mais restritivo é utilizado na regulamentação de direito fundamental. [...] Ou o legislador agiu erroneamente no primeiro caso, concedendo o benefício a famílias não-carentes, ou ele agiu erroneamente no segundo caso, negando direito fundamental a pessoas necessitadas, o que é muito mais provável.⁵⁵

A solução, para Moro, é continuar utilizando a LOAS – ela não precisa ser invalidada, como temeu o Supremo Tribunal Federal –, exceto o § 3º, do artigo 20. A lacuna será preenchida com o critério da lei nº 9.533/97, ou seja, renda mensal *per capita* de meio salário mínimo.

Considerando as necessidades reais e os novos programas assistenciais, está a Apelação Cível nº 1999.70.00.030647-0/PR, julgada pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 12.09.02, sendo relatora a juíza Eliana Paggiarin Marinho:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGO 203 CF/88. LEI Nº 8.742/93. RENDA FAMILIAR. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. CONDIÇÃO DE NECESSITADO.

1. O requisito renda mensal *per capita* previsto na Lei nº 8.742/93 deve ser considerado à luz da legislação superveniente (Leis nºs 9.533/97 – Renda Mínima e 10.219/2001 – Bolsa Escola), também inserida na Assistência Social, que estabeleceu renda inferior a meio salário mínimo para qualificação do necessitado. Ademais, deve ser interpretado pelo magistrado à luz da verdadeira intenção do legislador: conceder o amparo assistencial a quem dele necessite.

2. Se a renda *per capita* da família supera minimamente meio salário mínimo, porém perícia judicial constata a efetiva condição de necessitada da Requerente, não há razão para indeferir o benefício, pois à toda evidência a família é realmente pobre e não tem condições de garantir ao membro portador de deficiência uma vida com as mínimas condições de dignidade do ser humano.

3. Apelação do INSS e União e remessa oficial improvidas.

Consta do corpo da sentença:

Não é demais lembrar que a própria Constituição Federal prevê como princípios assistenciais “a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (artigo 203, IV). De que maneira poder-se-á entender possível dita reabilitação, quando a família responsável pela manutenção do reabilitando possua até ¼ do salário mínimo (hoje cerca de R\$ 45,00) para: alimentá-lo, vesti-lo, educá-lo, dar-lhe moradia, medicá-lo, etc? Ora, a imposição do limite de ¼ do salário mínimo como renda mensal *per capita* máxima, para fins de usufruir do benefício assistencial do artigo 203, V, da CF/88, desprestigia o princípio da dignidade humana, além de ir contra o princípio da reabilitação do deficiente, antes mencionado (artigo 203, IV).

Por fim, colocamos jurisprudência que evidencia a nova hermenêutica exigida para a efetivação dos direitos sociais fundamentais:

⁵⁵ Id. *ib.*, p. 152.

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NO ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS. INCAPACIDADE LABORAL E PARA A VIDA INDEPENDENTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI 8742/93 CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

1. Não se conhece de parte do apelo que inova, introduzindo insurgência não veiculada na contestação.

2. A doutrina constitucional, nacional ou estrangeira, é torrencial no sentido de que o legislador, em sua tarefa de concretização, está obrigatoriamente vinculado, antes de mais nada, ao texto constitucional, ou, em outras palavras, o texto constitucional limita a interpretação feita pelo legislador ao concretizar a norma constitucional (KONRAD HESSE). Em consequência, o legislador encontra-se vinculado ao conteúdo constitucionalmente declarado dos direitos fundamentais, e se se aparta deste, cabe ao juiz protegê-lo, com o que é o juiz e não a lei a garantia última dos direitos (RUBIO LLORENTE).

3. A Constituição Federal exige apenas dois requisitos no tocante ao benefício assistencial de que trata o art. 203, V: (a) condição de deficiente (pessoa portadora de deficiência) ou idoso e (b) situação de desamparo (não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família). Ou seja, buscou a norma constitucional garantir o benefício assistencial a toda pessoa portadora de deficiência que não possuísse mínimas condições econômicas de subsistência, próprias ou de sua família.

4. A exigência, para a percepção do benefício, de ser a pessoa incapaz para a vida independente, se entendida como incapacidade para todos os atos da vida, não se encontra na Constituição. Ao contrário, tal exigência contraria o sentido da norma constitucional, seja considerada em si, seja em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), ao objetivo da assistência social de universalidade da cobertura e do atendimento (CF, art. 194, parágrafo único, I) e à ampla garantia de prestação da assistência social (CF, art. 203, caput). Se aquela fosse a interpretação para a locução incapacitada para a vida independente, constante no art. 20 § 2º, da Lei 8.742/93, o legislador teria esvaziado indevidamente o conteúdo material do direito fundamental da pessoa portadora de deficiência, deixando fora do seu âmbito uma ampla gama de pessoas portadoras de deficiência incapacitante para o trabalho, e, em consequência, incorreria em inconstitucionalidade.

5. Segundo o princípio da interpretação conforme a Constituição - que tem suas raízes no princípio da unidade da ordem jurídica - nenhuma lei deve ser declarada inconstitucional quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição.

6. O art. 203, V, da Constituição, naquilo que é objeto desta ação, refere-se a duas hipóteses: a) pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção (primeira hipótese); b) pessoa portadora de deficiência que comprove que sua família não pode prover à sua manutenção (segunda hipótese). O § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 diz respeito à segunda hipótese, centrada na incapacidade da família de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência. O § 2º do art. 20 da Lei 8.742/93, por sua vez, diz respeito à primeira hipótese, centrada na incapacidade da pessoa portadora de deficiência de prover à própria manutenção, que se traduz em uma incapacidade para o trabalho e em uma incapacidade econômica de prover à própria manutenção por outros meios. Esta incapacidade de prover à própria manutenção por outros meios (que não o trabalho) foi denominada pela lei de incapacidade para a vida independente. De forma que a incapacidade para a vida independente, para coadunar-se com o conteúdo da norma constitucional, deve ser interpretada não no sentido de incapacidade para a prática de todos os atos da vida, mas no sentido de incapacidade para prover à própria manutenção por meios diferentes do trabalho (pois a incapacidade para o trabalho encontra-se referida expressamente). A pessoa não está capacitada para a vida independente porque não possui condições econômicas para prover à própria manutenção.

7. "In casu", comprovado o preenchimento dos requisitos legais, de restabelecer-se o benefício em favor da parte autora, desde a data da suspensão administrativa.

8. A base de cálculo da verba honorária são as parcelas vencidas até a prolação da sentença, a teor dos precedentes desta Casa e do Egrégio STJ."

(Apelação Cível n. 463283, processo n. 2000.71.05.000637-3 / RS, julgado pela 5ª Turma do TRF 4ª Região em 12.12.2002, sendo relator o juiz Celso Kipper)

Apesar dessas decisões, o INSS raramente atende ao comando jurisdicional, e as pessoas continuam sem receber o benefício. Mesmo fixando multas diárias ao órgão

federal, não se consegue fazê-lo atuar. De acordo com o Juizado Especial Previdenciário de Curitiba, a única medida eficaz para o cumprimento, pelo INSS, do disposto na sentença, tem sido a imposição de multa diária ao funcionário que negou o benefício. Assim, em 24 horas, no máximo, tem-se alcançado o resultado pretendido. A parte mais sensível do ser humano parece, muitas vezes, ser o bolso.

4 CONCLUSÃO

Afirmou certa feita Dalmo Dallari que o primeiro passo para proteger um direito é saber que ele existe. O direito ao benefício de prestação continuada é pouco conhecido pela sociedade brasileira, talvez porque diga respeito apenas a um grupo muito escondido dos olhos de todos, ou a um grupo que não se tem interesse de ver: os idosos e os portadores de deficiência sem condições de se sustentar, sendo que nem sua família pode fazê-lo. Se muitos de nós, operadores do direito, não conhecemos essa norma, será que os beneficiários conhecem? Apresentado o direito, restou-nos explorá-lo.

A assistência social foi contemplada pela Constituição Federal de 1988 como direito social. Trata-se de direito, e não de beneficência. Uma das formas de assistir os desamparados é pagar um salário mínimo mensal aos idosos e aos portadores de deficiência carentes. Esse é o conteúdo do benefício de prestação continuada, instituído no artigo 203, inciso V, da CF.

A lei nº 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, regulamentou o benefício, e o fez de forma insuficiente. Por esse motivo, consideramos a lei inconstitucional por omissão parcial. A lei restringe a Constituição ao considerar como carentes apenas cidadãos com renda abaixo de um patamar legal pré-estabelecido. Tal restrição é, para nós, um retrocesso social.

Por isso, nossa tese central é a de que o benefício de prestação continuada pode ser efetivado para além da lei nº 8.742/93, porque o idoso e o portador de deficiência carentes não são apenas os que têm renda familiar mensal *per capita* de até ¼ do salário mínimo vigente no país. O Judiciário tem o dever de concretizar o benefício para quem dele necessite, pois é o guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

Para chegarmos na afirmação supra, percorremos várias argumentações, que nos trouxeram as lições que adiante expomos.

O conceito de carência para a lei nº 8.742/93 é a renda, e uma renda ínfima. O legislador tem discricionariedade para integrar o conceito. Mas quando a definição dada é abusiva (é impossível uma pessoa viver dignamente com R\$ 2,17 por dia), o Judiciário pode afastá-la, por desrespeito ao conteúdo mínimo do direito.

Sempre que for constatada a atuação deficiente do legislador, poderá atuar o Judiciário. É a Constituição que concede o amparo assistencial, e não a lei. O amparo, como norma definidora de direito fundamental, deve ser interpretado da forma mais ampla possível, e com a maior efetividade que se lhe puder atribuir. O texto da Constituição

permite conceder o benefício para quem dele necessita, mesmo sem atender ao critério legal de renda.

A norma jusfundamental é principiológica, de acordo com os ensinamentos de Robert Alexy, e, por isso, seu conteúdo é definido no caso concreto, quando outros princípios e circunstâncias fáticas incidirão sobre a situação a ser solucionada. Contudo, o benefício de prestação continuada pode ser invocado além da regulamentação legal, pois é prioritário. E o é por compor o mínimo existencial, núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que sem o benefício, as pessoas que dele dependem não têm condições materiais de vida digna e de real liberdade. O benefício é um direito fundamental, o que implica a intangibilidade de seu núcleo essencial e o *status* de prioridade no sistema jurídico.

O amparo assistencial não pode ser negado com o argumento de que não há recursos suficientes para atender a todos os que a Constituição quis proteger. Por questão de prioridade, responsabilidade e razoabilidade, interessa mais defender a dignidade do que o patrimônio. A reserva do possível abre os olhos para a prudência; todavia, não pode obstaculizar a efetivação de um direito essencial. Para concluir pela (in)exigibilidade de um direito, o Judiciário balanceará a essencialidade do direito e a justificativa do Estado para não prestá-lo.

Se entender não haver razão para o Estado deixar de conceder o amparo, o Judiciário deve implementar o benefício. Com essa atitude, o Judiciário não extrapola os limites de sua atuação nem fere o princípio da separação de poderes, porque esse princípio serve para garantir os cidadãos e seus direitos fundamentais contra abusos de poder, e o Judiciário é o grande controlador da atuação estatal. Concedendo o benefício para quem tem direito, atuando positivamente, os juízes realizam o Estado Social Democrático de Direito.

Assim, seja qual for a ponderação feita, o benefício de prestação continuada gozará de prioridade, devendo ser entregue, mesmo que para além da lei infraconstitucional. É a resposta mais razoável (adequada, necessária e proporcional) que se pode oferecer.

Noções como direito fundamental, mínimo existencial, reserva do possível, separação de poderes e ponderação de interesses fazem com que a interpretação e a aplicação do direito tenham nova dimensão, e o Judiciário, um novo papel.

Por suas características, o Judiciário é o órgão mais indicado para efetivar o benefício assistencial. Não cabe ao administrador deixar de aplicar a lei; é do juiz a tarefa

de fazer valer a Constituição. A atuação tradicional dos magistrados, tímidos na hermenêutica jurídica, torna o cidadão refém da lei. O juiz deve ser criativo, ter vontade de Constituição. O juiz constitucional pode atuar incisivamente para defender direitos fundamentais. Considerando todos os argumentos listados e a importância do problema dos excluídos pela lei, tem-se como necessário o ativismo judicial.

Levando em conta algumas jurisprudências, constatamos retrocessos na efetivação do benefício de prestação continuada. Exemplos são os julgados do Supremo Tribunal Federal. O órgão de cúpula do Judiciário brasileiro não tem dado o exemplo.

O exemplo tem vindo das instâncias inferiores. Felizmente, tem se desenvolvido jurisprudência comprometida com a Constituição, afirmando que, embora a lei tenha trazido critério objetivo para a aferição da pobreza, a necessidade pode ser comprovada por outros meios, aceitando a superação da linha de corte em virtude da renda. Decisões com soluções diversas têm sido produzidas, com vistas a realizar direitos fundamentais, como o amparo social. Há também decisões compromissadas com a hermenêutica emancipatória do direito constitucional, iluminada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O Judiciário pode – e deve – ajudar a transformar a realidade de muitos brasileiros.

O principal efeito desta pesquisa foi a afirmação de que direito é mais do que lei. Com isso se amplia o debate doutrinário e jurisprudencial, abrindo espaço para o cidadão ver efetivado um direito que lhe foi atribuído pela Constituição. Não pretendemos dizer que a lei não tem valor; tem, e muito; mas outros planos devem ser observados.

A novidade da tese que apresentamos é a seguinte: mesmo admitindo que a LOAS é inconstitucional por omissão parcial, não se deve exigir do administrador que a amplie. A questão deve ir ao Judiciário para criar precedente, podendo a inconstitucionalidade ser corrigida em qualquer grau de jurisdição. Seguimos uma doutrina recente que demonstra a vinculação do Judiciário à Constituição; pode esse Poder, portanto, tomar as medidas necessárias para que a disposição constitucional seja plenamente cumprida. Mesmo com decisão do STF sobre o tema, novas fundamentações e argumentos permitem a rediscussão da questão ou apenas servem de alerta aos julgadores para a análise de questões que pedem conhecimento aliado a sensibilidade.

O objetivo da pesquisa foi então alcançado: demonstramos que o benefício de prestação continuada poder ser reclamado por todos aqueles que necessitam. O desenvolvimento da monografia muito surpreendeu a autora. O tema se revelou mais complexo, é verdade, do que se esperava; porém, mostrou-se ainda mais apaixonante

pelos resultados encontrados. Em conversa com o Juiz Federal Doutor Sergio Fernando Moro, ganhei um desafio ao ouvir: “Veremos se você consegue convencer o STF!”. Aceitei a tarefa e impus-me outra ainda maior: convencer também os leitores de que o direito pode ser instrumento de emancipação do ser humano. Aliás, ele tem que ser, e deve fazer justiça, pois sem condições de sobrevivência não há sujeito de direito e, portanto, nem direito. Que a dedicação e o entusiasmo contagiem o leitor. Que seja aceito o convite para operar um direito transformador da triste realidade.

Humildemente constatamos que não esgotamos o tema. Advertimos que o foco da pesquisa foi o critério da renda, e que as observações feitas podem ser estendidas para as demais restrições da LOAS e de atos administrativos. Deixamos para estudo posterior a análise de cada restrição, como o conceito de deficiência do beneficiário, por exemplo. Apontamos igualmente como campo a ser explorado a análise jurisprudencial sobre os direitos sociais, a fim de verificar a sensibilidade de nosso Judiciário às questões sociais em geral. Como bem notou Charles Reich,

A condição do campo do bem-estar social é um indicativo das profissões jurídicas na atualidade. Advogados simplesmente não estiveram disponíveis quando foi necessário ajuda. Virtualmente não há forças organizadas de assistência jurídica para auxiliar pessoas com problemas de bem-estar, as faculdades de direito não têm cursos destinados a preparar advogados para tal serviço, e a necessidade de advogados é raramente reconhecida pelas próprias agências ou pelos indivíduos nelas envolvidos. Hoje, com o direito tornando-se de modo crescente nosso instrumento central de política social, nós não podemos mais tolerar esta forma de negligência.¹

Ingo Sarlet afirma que é comum sentirmo-nos mal diante da negação dos direitos fundamentais (isso quem ainda guarda essa sensibilidade), e que essa sensação “pode significar o primeiro passo para uma tomada de consciência e a busca de soluções, também na seara da eficácia e efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais de todas as dimensões.”² Nesta pesquisa, fica evidente que nós temos, emprestando a expressão de Konrad Hesse, vontade de Constituição.

¹ REICH, Charles A. Individual rights and social welfare state: the emerging legal issues. **Yale Law Journal**, v. 74, n. 7, p. 1257, jun. 1965.

² SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque [org.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Theorie der Grundrechte. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo [org.]. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul-set. 2000.

_____; BARROSO, Luis Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 51-80, mai-jun. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul-set. 1994.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BECKER, Lauro da Silva; KESTRING, Silvestre; SILVA, Marlene Dierschnabel da. **Elaboração e apresentação de trabalhos de pesquisa**: no ensino médio, na graduação, na pós-graduação. Blumenau: Acadêmica, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 8, ano II, p. 151-161, jul.-set. 2003.

CRISTINO, Vânia. Idoso não terá de devolver benefício ilegal. **O Estado de São Paulo**, p. A6, 15 jun. 2004.

D'AMORIM, Sheila. INSS suspenderá pagamento de R\$ 260 a idosos. **O Estado de São Paulo**, p. A4, 14 jun. 2004.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO (1993). Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências).

Falta de controle prejudica investimentos sociais. **Gazeta do Povo**, Curitiba, p. 17, 25 jul. 2004.

FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. *In*: FARIA, José Eduardo [org.]. **Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 127-160.

GOMES, Ana Lígia. O benefício de prestação continuada: uma trajetória de retrocessos e limites – construindo possibilidades de avanços? **Revista de Direito Social**, Sapucaia do Sul, n. 4, p. 64-87, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INSS faz revisão dos benefícios de deficientes físicos. **Jornal Nacional**. 14 jun. 2004. Matéria disponível em <http://www.redeglobo.com.br/jn>

INSTITUTO PARANAENSE DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Normas para Apresentação de Documentos Científicos**. v. 8. Curitiba: UFPR, 2000.

KELLER, Arno Arnoldo. **O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas**. São Paulo: LTr, 2001.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *in* SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Mapa da Fome. **Jornal Nacional**. 15 abr. 2004. Matéria disponível em <http://www.redeglobo.com.br/jn>

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORO, Sergio Fernando. Concretização da Constituição, função legislativa, função administrativa e função jurisdicional. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 21, p. 46-57, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Curitiba, 2002. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná.

_____. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 37, p. 101-108, out-dez. 2001.

_____. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. *In*: ROCHA, Daniel Machado da [org.]. **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Restrição Legal ao Direito Fundamental ao Benefício da Assistência Social. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 14, n. 458, p. 21-24, jan. 2002.

OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e Direitos Humanos**. Curitiba: UFPR, 2003.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **A assistência social na perspectiva dos direitos**: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil. Brasília: Thesaurus, 1996.

_____. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 3, n. 11, p.237-246, abr.-jun. 1995.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRUDENTE, Antônio Souza. Salário mínimo inconstitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 21, p. 157-160.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). *Constituição Federal*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal.

RUSCHEL, Ruy Ruben. A eficácia dos direitos sociais. **Revista AJURIS**, n. 58, p. 291-296, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque [org.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-191.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 30, p. 96-124, abr-jun. 1999.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. Da fundamentação à eficácia dos direitos fundamentais: o papel concretizador do Poder Judiciário. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**. Curitiba, v.5, n.6, p. 273-285, mai 1999.

SCHWARZER, Helmut; QUERINO, Ana Carolina. **Benefícios sociais e pobreza: programas não-contributivos da seguridade social brasileira**. (Texto para discussão nº 929). Brasília: IPEA, 2002. Disponível em <http://www.ipea.gov.br>

SOMARIVA, Maria Salute. **O benefício de amparo social como garantia das necessidades básicas do cidadão carente**. Impresso em 21.10.2003. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/13/42/1342/>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso D. de Albuquerque [dir.]. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-61.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo [org.]. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELLOSO, Raul. INSS não tem déficit, afirma economista. **Folha de São Paulo**, p. A6, 7 jul. 2003. Entrevista.